

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO 1

Silvia Borelli (*)

SALARIATO DIGITALE. UBER SECONDO LA CASSAZIONE FRANCESE

1. — Con la sentenza n. 19-13.316 di cui si riporta un estratto (1), la Cassazione francese ha confermato la decisione con cui la Corte d'Appello di Parigi aveva accertato l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra Uber e i suoi autisti.

Si tratta del secondo caso in cui la Cassazione francese qualifica come subordinati i lavoratori che prestano un «*work on-demand via apps/internet*» (2). La prima decisione, pronunciata nel novembre 2018 (n. 17-20.079) (3), ha riguardato i fattorini della piattaforma di *delivery food* Take Eat Easy.

Nella pronuncia in esame, assume un rilievo fondamentale il fattore dell'inserzione della prestazione all'interno di un servizio di trasporto organizzato da Uber. Le parole della Cassazione riprendono quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Ue nei casi *Uber Systems Spain* (sent. 20.12.2017, C-434/15) e *Uber France* (sent. 10.4.2018, C-320/16), secondo cui Uber esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione dei propri conducenti, fissando – mediante l'omonima applicazione – il prezzo massimo della corsa ed esercitando «un controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti, nonché sul comportamento di quest'ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione» (par. 39) (4). Come ben spiegato dalla Corte di Giustizia, senza l'applicazione Uber, «le persone che intendono effettuare uno spostamento nell'aerea urbana non ricorrerebbero ai

(*) Professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Ferrara.

(1) Il testo integrale della sentenza è disponibile in https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/374_4_44522.html.

(2) De Stefano 2017.

(3) Il testo integrale della sentenza è disponibile in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037787075&fastReqId=369911505&fastPos=1>.

(4) Le decisioni della Corte di Giustizia sono esplicitamente richiamate nelle conclusioni scritte dell'Avv. Gen., in https://www.courdecassation.fr/IMG///20200304_avis_ecrit_19-13.316.pdf.

servizi» dei conducenti Uber, né tali conducenti potrebbero svolgere il servizio di trasporto (par. 39).

Altro passaggio importante della sentenza annotata è quello in cui la Cassazione francese ritiene irrilevante, ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato, il fatto che l'autista potesse scegliere i giorni e gli orari di lavoro. Anche in questo caso, le parole del giudice d'oltre-ponte riecheggiano quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella decisione resa nel caso *Allonby* (13.1.2004, C-256/01, punto 72): il fatto che sul lavoratore «non gravi alcun obbligo di accettare un incarico è irrilevante» ai fini della qualificazione giuridica del rapporto (5).

Preme, infine, ricordare il metodo seguito dalla Cassazione francese per qualificare il rapporto di lavoro: a prescindere dalla presunzione di lavoro autonomo, che discende dal fatto che l'autista Uber è iscritto al Registro delle imprese, occorre verificare come di fatto viene svolta la prestazione lavorativa. Occorre cioè accertare se Uber rivolgeva all'autista delle direttive, ne controllava l'esecuzione e poteva esercitare nei confronti dello stesso un potere disciplinare; circostanze tutte verificate nel caso di specie.

Emblematico è il fatto che, in chiusura della nota esplicativa alla sentenza, venga ricordato che in Francia non esiste un regime giuridico intermedio tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo come in altri paesi europei, quali l'Italia (6). Sarà forse una pulce nell'orecchio dei giuristi nostrani?

COUR DE CASSATION, 4.3.2020, n. 19-13.316, Chambre sociale – Pres. Cathala, Est. Valéry, Avv. Gen. Courcol-Bouchard – Uber France e Uber BV (avv.ti Scp Célice, Texidor, Périer) c. M.F. (avv. Scp Ortscheidt) e Cgt-Fo (avv. Me Haas).
Conf. Corte d'Appello di Parigi, 10.1.2019.

Lavoro subordinato – Lavoro su piattaforma digitale – Qualificazione del rapporto di lavoro – Indici della subordinazione – Inserzione nell'organizzazione.

È correttamente motivata la decisione della Corte d'Appello di Parigi che, per qualificare come contratto di lavoro subordinato il rapporto tra un autista

(5) Sul punto, vd. il rapporto della Relatrice, in https://www.courdecassation.fr/IMG/2200304_rapport_ano_19-13.316.pdf.

(6) Il testo della nota esplicativa è disponibile in https://www.courdecassation.fr/juri_sprudence_2/notes_expl explicatives_7002/relative_arret_44525.html.

Vtc (Voiture de transport avec chauffeur, i.e.: noleggio con conducente) e la società che utilizza una piattaforma e un'applicazione al fine di mettere in contatto i clienti e gli autisti, considera che: la prestazione di tali autisti è integrata all'interno di un servizio di trasporto creato e interamente organizzato dalla suddetta società mediante una piattaforma il cui utilizzo non permette all'autista di crearsi una clientela propria, né di fissare liberamente le sue tariffe e le condizioni di svolgimento della sua prestazione; all'autista è imposto un determinato itinerario e gli sono applicate delle correzioni tariffarie se questo non viene rispettato; la destinazione finale della corsa non è conosciuta dall'autista, che dunque non può scegliere la corsa che gli conviene o meno effettuare; la società ha la facoltà di disconnettere l'autista dall'applicazione a seguito di tre rifiuti di corse e l'autista può perdere l'accesso al suo conto in caso di annullamento di richieste o segnalazioni di «comportamenti problematici». Dall'insieme di tali elementi, la Corte d'Appello deduce correttamente lo svolgimento di un lavoro sotto l'autorità di un datore di lavoro che ha il potere di dare ordini e direttive, di controllarne l'esecuzione e di sanzionare gli inadempimenti. (1)

(*Omissis*)

Fatti e procedura

1. Secondo la decisione impugnata (Corte d'Appello di Parigi, 10.1.2019), il signor M.F., contrattualmente legato alla società di diritto olandese Uber BV (7) mediante la firma di un formulario di registrazione come collaboratore, ha svolto un'attività di autista a partire dal 12.10.2016 mediante la piattaforma Uber, dopo avere noleggiato un veicolo presso un partner commerciale di tale società, e si è iscritto al sistema informatico per il registro delle imprese e degli stabilimenti (Sirene) in qualità di lavoratore autonomo, per svolgere l'attività di trasporto di persone mediante taxi.

2. La società Uber BV ha disattivato definitivamente il suo conto sulla piattaforma a partire dal mese di aprile 2017.

3. Il signor M.F. ha presentato ricorso al giudice del lavoro per chiedere la riqualificazione del suo rapporto contrattuale con la società Uber come contratto di lavoro subordinato, e ha chiesto il pagamento delle differenze salariali e dell'indennità per il licenziamento.

(*Omissis*)

(7) Uber BV ha sede ad Amsterdam ed è la società a capo del gruppo Uber (secondo il sito di D&B Hoovers – www.dnb.com –, le affiliate a Uber BV sono 183). Uber France è una società per azioni semplificata unipersonale (*société par actions simplifiée unipersonnelle*).

Esame dei motivi di ricorso

Descrizione dei motivi di ricorso

6. Le società Uber Francia e Uber BV contestano la decisione della Corte d'Appello che qualifica il contratto tra il signor M.F. e la società Uber BV come contratto di lavoro subordinato, in quanto:

«1. Il contratto di lavoro subordinato richiede che una persona fisica si obblighi a lavorare per conto di un'altra, persona fisica o morale, dietro il pagamento di una retribuzione e in un rapporto di subordinazione giuridica. Di conseguenza, non costituisce contratto di lavoro subordinato il contratto concluso da un autista Vtc e una piattaforma, che ha per oggetto la messa a disposizione di un'applicazione che mette in contatto l'autista e i potenziali clienti in cambio del pagamento del costo del servizio, qualora tale contratto non comporti alcun obbligo per l'autista di lavorare per la piattaforma, né di tenersi a sua disposizione, e non comporti per l'autista alcun vincolo di utilizzare l'applicazione per svolgere la propria attività. Nel caso in questione, la società Uber BV faceva valere che l'autista, stipulando un contratto di collaborazione, rimane totalmente libero di connettersi o meno all'applicazione, di scegliere il luogo e il momento in cui intende connettersi, senza dovere informare la piattaforma in anticipo, e di mettere fine alla connessione in qualunque momento. La società Uber BV faceva parimenti valere che, nel momento in cui sceglie di connettersi all'applicazione, l'autista è libero di accettare, di rifiutare o di non rispondere alle richieste di corse che gli sono fatte mediante l'applicazione e che, sebbene molteplici rifiuti consecutivi possano determinare una disconnessione dall'applicazione per delle ragioni operative legate al funzionamento dell'algoritmo, l'autista ha la possibilità di riconnettersi in ogni momento e tale disconnessione temporanea non ha alcuna incidenza sul rapporto contrattuale tra l'autista e Uber BV. La società Uber BV faceva inoltre valere che il corrispettivo della piattaforma è assicurato esclusivamente dal pagamento del costo del servizio sulle corse effettivamente effettuate mediante l'applicazione, e pertanto l'autista non ha alcun obbligo finanziario nei confronti della piattaforma tale da costringerlo a utilizzare l'applicazione. La società Uber BV faceva infine valere che il contratto di collaborazione e l'utilizzazione dell'applicazione non prevedono alcun obbligo di esclusiva per l'autista, che può liberamente utilizzare, in modo simultaneo, altre applicazioni di messa in relazione con la clientela fornite da piattaforme concorrenti e/o svolgere la propria attività di autista Vtc e costituirsi una clientela mediante altri mezzi. La società Uber BV deduceva che la conclusione e l'esecuzione del contratto da parte del signor M.F. non comportava alcun obbligo per quest'ultimo nei confronti della piattaforma, e di conseguenza che la relazione contrattuale non poteva essere qualificata come contratto di lavoro subordinato. Ritenendo tuttavia che il contratto che legava il signor M.F. alla società Uber BV fosse un contratto di lavoro subordinato, senza verificare, come sarebbe stata tenuta, se la conclusione e l'esecuzione di tale contratto comportasse

un obbligo a carico dell'autista di lavorare per la piattaforma o di tenersi a disposizione di quest'ultima per svolgere il proprio lavoro, la Corte d'Appello non ha rispettato gli articoli L. 1221.1, L. 1411-1, L. 7341-1 e L. 8221-6 del Codice del lavoro.

2. La presunzione di lavoro autonomo per lo svolgimento di un'attività che richiede l'iscrizione a un registro delle imprese stabilita dall'articolo L. 8221-6 è esclusa solo qualora sia riconosciuto che la persona registrata fornisca prestazioni a un committente in condizioni che la sottopongono a un vincolo di subordinazione giuridica permanente nei confronti di quest'ultimo. Il vincolo di subordinazione è caratterizzato dall'esecuzione di un lavoro sotto l'autorità di un datore di lavoro che ha il potere di dare degli ordini e delle direttive, di controllarne l'esecuzione e di sanzionare gli inadempimenti dei suoi dipendenti. Il lavoro nell'ambito di un servizio organizzato può costituire un indice del vincolo di subordinazione solo qualora il datore di lavoro determini unilateralmente le condizioni di svolgimento del lavoro. Alcun vincolo di subordinazione giuridica permanente risulta dal contratto concluso tra una piattaforma e un autista Vtc, qualora il contratto non comporti alcun potere per la piattaforma di esigere che l'autista svolga un lavoro per suo conto o che si tenga a sua disposizione per un determinato periodo, lungo o corto che sia, né alcun obbligo per l'autista di utilizzare l'applicazione fornita dalla piattaforma. Nel caso in esame, è pacifico che il signor M.F., che era iscritto al Registro delle imprese come autista, rientrava nel campo di applicazione dell'art. L. 8221-6 del Codice del lavoro. La società Uber BV faceva valere che l'autista, stipulando un contratto di collaborazione, resta totalmente libero di connettersi all'applicazione, di scegliere il luogo e il periodo nei quali intende connettersi, senza essere in alcun modo tenuto a informare in anticipo la piattaforma, e di mettere fine alla connessione in qualunque momento. La società Uber BV faceva parimenti valere che, quando l'autista sceglie di connettersi all'applicazione, è libero di accettare, di rifiutare o di non rispondere alle richieste di corse che gli sono fatte mediante l'applicazione e che, sebbene molteplici rifiuti consecutivi possano comportare una disconnessione temporanea dell'applicazione per permettere il buon funzionamento dell'algoritmo (le richieste di corse sono inviate agli autisti connessi, in ragione dell'ordine di prossimità con il passeggero), l'autista ha la possibilità di riconnettersi in ogni momento, semplicemente cliccando sull'applicazione. La società Uber BV faceva inoltre valere che la conclusione di un contratto di collaborazione e l'utilizzazione dell'applicazione non dà luogo ad alcun canone, né ad alcun impegno finanziario per l'autista nei confronti della società Uber BV, che sarebbe tale da vincolare l'autista a utilizzare l'applicazione, e che il corrispettivo della piattaforma è assicurato esclusivamente dal pagamento del costo del servizio sulle corse effettivamente effettuate mediante l'applicazione. La società Uber BV faceva infine valere che il contratto di prestazione di servizio elettronico e l'utilizzazione dell'applicazione non prevedevano alcun obbligo di esclusività per l'autista, che poteva liberamente utilizzare in maniera simultanea altre applicazioni di messa in contatto con la clientela fornite dalle piattaforme con-

correnti e/o esercitare la sua attività di autista Vtc e costituirsì una clientela mediante altri mezzi. Limitandosi a enunciare che il fatto di potere scegliere i luoghi e le ore di lavoro non esclude, di per sé, un rapporto di lavoro subordinato, senza verificare se, considerati nel loro insieme, questi elementi, dai quali risultava non solo una semplice libertà per il signor M.F. di scegliere gli orari di lavoro (come può avvenire per alcuni lavoratori subordinati), ma una totale libertà di utilizzare o meno l'applicazione, di connettersi nei luoghi e alle ore scelte discrezionalmente dall'autista, di non accettare le corse richieste mediante l'applicazione e di organizzare liberamente la sua attività senza l'applicazione, non escludevano l'esistenza di un vincolo di subordinazione permanente con la società Uber BV, la Corte d'Appello ha violato gli articoli L. 1221-1, L. 1411-1, L. 7341-1 e L. 8221-6 del Codice del lavoro.

(*Omissis*)

4. L'esecuzione di un contratto di collaborazione avente a oggetto l'utilizzo da parte dell'autista Vtc di un'applicazione di messa in contatto con i clienti implica la possibilità, per la piattaforma, di assicurare il buon funzionamento dell'applicazione, del rispetto da parte dell'autista della disciplina applicabile, della sicurezza delle persone e della qualità delle prestazioni di trasporto. La possibilità per una piattaforma di recedere unilateralmente dal contratto in caso di inadempimenti gravi e ripetuti dell'autista agli obblighi risultanti dal contratto di collaborazione non configura un potere disciplinare. Nel caso in questione, la società Uber BV faceva valere che l'esigenza di evitare che l'autista annulli troppo frequentemente le corse richieste mediante l'applicazione che egli ha accettato non ha per oggetto né per effetto di limitare la libertà dell'autista di scegliere se, quando e dove connettersi e di non accettare le corse richieste, ma è necessaria per garantire l'affidabilità del sistema, facilitando l'incontro tra domanda e offerta. La società Uber BV affermava inoltre che gli autisti che utilizzano l'applicazione Uber non ricevono alcun ordine, né alcuna direttiva specifica, e che le regole fondamentali risultanti dai documenti contrattuali costituivano delle esigenze elementari di cortesia e di educazione, di rispetto della normativa e della sicurezza delle persone, inerenti all'attività di autista Vtc. In tali condizioni, la possibilità di recedere dal contratto di collaborazione in caso di violazione di questi obblighi non è in alcun modo espressione di un potere disciplinare, ma attiene alla facoltà di cui dispone ciascun contraente di recedere da un contratto commerciale quando i suoi termini e le sue condizioni non sono rispettate dalla controparte. Limitandosi a rilevare che, per provare che la società Uber BV disponeva nei confronti degli autisti del potere disciplinare che caratterizza il contratto di lavoro subordinato, un tasso di annullamento troppo elevato o la segnalazione da parte dei passeggeri di comportamenti problematici dell'autista potevano comportare la perdita dell'accesso al proprio conto, senza spiegare in che misura le condizioni richieste dall'utilizzo dell'applicazione si distinguono da quelle inerenti la natura stessa dell'attività dell'autista

Vtc e l'utilizzazione di una piattaforma di messa in contatto, la Corte d'Appello ha violato gli artt. L. 1221-1, L. 1411-1, L. 7341-1 e L. 8221-6 del Codice del lavoro, in combinato disposto con gli artt. 3221-1 e seguenti del Codice dei trasporti e 1103 e 1226 del codice civile, nella loro formulazione a seguito dell'ordinanza del 10.2.2016.

5. La sola esistenza della possibilità, prevista nel contratto, per la piattaforma di disattivare o di limitare l'accesso all'applicazione non caratterizza, di per sé, un controllo dell'attività degli autisti in assenza di ogni elemento in grado di stabilire che una tale prerogativa sarebbe utilizzata per obbligare gli autisti a connettersi e ad accettare le corse che sono loro proposte. Limitandosi ad affermare che la previsione, al punto 2.4 del contratto, secondo cui Uber si riserva il diritto di disattivare l'applicazione o di limitarne l'utilizzo avrebbe per effetto di incentivare gli autisti a rimanere connessi per sperare di svolgere una corsa e dunque a tenersi costantemente a disposizione della società Uber BV durante la durata della connessione, nonostante che, da un lato, il contratto ricordava espressamente all'autista che egli era libero di utilizzare l'applicazione quando lo desiderava e di accettare o meno le corse richieste e, dall'altro, che non è stato rilevato alcun elemento in grado di provare l'esistenza di una qualunque disattivazione o limitazione di utilizzo dell'applicazione qualora un autista non si connette o rifiuta delle corse, la Corte d'Appello ha violato gli artt. L. 1221-1, L. 1411-1, L. 7341-1 e L. 8221-6 del Codice del lavoro.

6. L'articolo 2.4 del contratto di prestazioni di servizi afferma in particolare che il cliente e i suoi autisti conservano esclusivamente il diritto di determinare quando e per quanto tempo utilizzare, per ciascuno di essi, l'applicazione autista o i servizi Uber e che il cliente e i suoi autisti mantengono la possibilità, mediante l'applicazione autista, di tentare di accettare, di rifiutare o di ignorare una richiesta di servizi di trasporto mediante i servizi Uber, o di annullare una domanda di servizi di trasporto accettata mediante l'applicazione autista, nel rispetto delle politiche di cancellazione di Uber in vigore. Interpretando l'art. 2.4 del contratto nel senso di ritenere che esso avrebbe per effetto di incentivare gli autisti a rimanere connessi per sperare di svolgere una corsa, e pertanto a tenersi costantemente a disposizione della società Uber BV per la durata della connessione, senza prendere in considerazione i termini chiari e precisi di tale disposizione relativa alla libertà dell'autista di connettersi e di non accettare le corse richieste, la Corte d'Appello ha omesso di considerare il pieno significato di questa disposizione contrattuale, in violazione degli artt. 1103 e 1192 del codice civile, nella loro formulazione a seguito dell'ordinanza del 10.2.2016.

(*Omissis*)

9. La società Uber BV faceva valere che le disposizioni del Codice del consumo vietano a un autista Vtc di rifiutare di compiere una corsa senza motivo legittimo; pertanto, la mancata conoscenza precisa della destinazione non può mettere in di-

scussione l'indipendenza dell'autista. Affermando che la mancata conoscenza della destinazione da parte dell'autista nel momento in cui deve rispondere a una richiesta mediante la piattaforma Uber impedisce all'autista di scegliere liberamente, come fa un autista indipendente, la corsa che gli conviene accettare o meno, senza ricercare, come era tenuta, se le disposizioni legali relative al rifiuto di una fornitura di servizi vietino a un autista professionista di rifiutare una corsa per dei motivi di pura convenienza, la Corte d'Appello ha violato gli artt. L. 121-11 e R. 121-13 del Codice del consumo, in combinato disposto con l'art. L. 8221-6 del Codice del lavoro.

10. Il sistema di geolocalizzazione inherente al funzionamento di una piattaforma che mette in contatto gli autisti Vtc con i potenziali clienti non configura un vincolo di subordinazione giuridica degli autisti nei confronti della piattaforma, dal momento che questo sistema non ha per obiettivo di controllare l'attività degli autisti ma è utilizzato solo per mettere questi ultimi in contatto con il cliente più vicino, assicurare la sicurezza delle persone trasportate e determinare il prezzo della prestazione. Affermando che il sistema di geolocalizzazione utilizzato dalla piattaforma Uber è sufficiente a stabilire l'esistenza di un controllo sugli autisti, senza considerare i motivi addotti dalla società Uber BV per tale geolocalizzazione, la Corte d'Appello ha violato gli artt. L. 1221-1, L. 1411-1, L. 7341-1 e L. 8221-6 del Codice del lavoro.

11. La determinazione, da parte di una piattaforma che mette in contatto per via elettronica, del prezzo delle prestazioni di servizi fornite mediante la stessa non potrebbe configurare un indice dell'esistenza di un contratto di lavoro subordinato. Il solo fatto che a una prestazione di trasporto sia applicata una tariffa chilometrica e che il prezzo della prestazione possa essere ricalcolato, in caso di reclamo di un passeggero, quando il tragitto scelto dall'autista non è appropriato in quanto abusivamente lungo, non configura un ordine o una direttiva nell'esecuzione del lavoro. Ritenendo il contrario, la Corte d'Appello ha violato gli artt. L. 1221-1, L. 1411-1, L. 7341-1 del Codice del lavoro, in combinato disposto con agli artt. 1164 e 1165 del codice civile, nella loro formulazione a seguito dell'ordinanza del 10.2.2016.

(Omissionis)».

Risposta della Corte

7. Secondo l'articolo L. 8221-6 del Codice del lavoro, le persone fisiche, nello svolgimento di un'attività per la quale è richiesta l'iscrizione ai registri o agli albi enunciati da tale disposizione, si presumono non essere legati al committente da un contratto di lavoro subordinato. Tuttavia, può essere riconosciuta l'esistenza di un contratto di lavoro subordinato quando le persone forniscono delle prestazioni in condizioni che le sottopongono a un vincolo di subordinazione giuridica permanente nei confronti del committente.

8. Secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte (Corte di Cassazione, Camera sociale, 13.11.1996, n. 94-13187, *Bull. V*, n. 386, Société générale), il vincolo di subordinazione è caratterizzato dall'esecuzione di un lavoro sotto l'autorità di un datore di lavoro che ha il potere di dare ordini e direttive, di controllarne l'esecuzione e di sanzionare l'inadempimento del proprio dipendente.

9. Secondo la stessa giurisprudenza, può costituire un indice di subordinazione il fatto che il lavoro sia integrato nell'ambito di un servizio organizzato qualora il datore di lavoro ne determini unilateralmente le condizioni di esecuzione.

10. In tale prospettiva, la Corte d'Appello ha ritenuto che il signor M.F. è stato costretto a diventare «collaboratore» della società Uber BV e, a tal fine, a iscriversi al Registro delle imprese e che, lungi dal decidere liberamente l'organizzazione della sua attività, di ricercare una clientela o di scegliere i suoi fornitori, è stato integrato in un servizio di trasporto creato e interamente organizzato dalla società Uber BV, che non esiste che grazie a tale piattaforma: servizio di trasporto mediante l'utilizzazione del quale il signor X non si costituisce una clientela propria, né fissa liberamente le sue tariffe o le condizioni di svolgimento della sua prestazione di trasporto, che sono interamente determinate dalla società Uber BV.

11. Quanto alla libertà di connettersi e di scegliere liberamente gli orari di lavoro, la Corte d'Appello ha ritenuto che il fatto di potere scegliere i giorni e orari di lavoro non esclude, di per sé, l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, in quanto nel momento in cui l'autista si connette alla piattaforma Uber egli è integrato in un servizio organizzato dalla società Uber BV.

12. In merito alle tariffe, la Corte d'Appello ha rilevato che queste sono contrattualmente fissate mediante gli algoritmi della piattaforma Uber secondo un meccanismo predittivo, imponendo all'autista un itinerario particolare per il quale questo non ha alcuna libertà di scelta, dal momento che il contratto prevede, all'art. 4.3, una possibilità di modifica della tariffa da parte di Uber, in particolare qualora l'autista scelga un «itinerario inefficace»; il signor X ha prodotto numerose correzioni tariffarie che gli sono state applicate dalla società Uber BV che dimostrano il fatto che tale società gli dava direttive e ne controllava l'applicazione.

13. Quanto alle condizioni di esercizio della prestazione di trasporto, la Corte d'Appello ha constatato che l'applicazione Uber esercita un controllo in merito all'accettazione delle corse, dal momento che, senza essere smentito, il signor X afferma che, in seguito al rifiuto di tre richieste, gli è inviato il messaggio «È ancora là?». D'altro canto, la carta [della comunità Uber] invita gli autisti che non desiderano accettare delle corse «semplicemente» a disconnettersi, e tale invito deve essere messo in relazione a quanto previsto al punto 2.4 del contratto, secondo cui: «Uber si riserva il diritto di disattivare o altrimenti di limitare l'accesso o l'utilizzo dell'applicazione autista o dei servizi Uber da parte del Cliente o di qualunque dei suoi autisti (*Omissis*), a ragionevole discrezione di Uber». Tale clausola produce l'effetto di sollecitare gli autisti a restare connessi per sperare di effettuare una corsa e, dunque, a tenersi costantemente a disposizione della società Uber BV,

durante il periodo di connessione, senza potere realmente scegliere, in modo libero, come farebbe un autista indipendente, la corsa che gli conviene o meno. In particolare, il punto 2.2 del contratto afferma che l'autista «verrà a conoscenza della destinazione dell'utilizzatore, sia di persona al momento della presa in carico, sia mediante l'applicazione autista qualora l'utilizzatore scelga la destinazione mediante l'applicazione di Uber»; ciò implica che la destinazione, che può condizionare l'accettazione o meno di una corsa, è talora sconosciuta all'autista nel momento in cui deve rispondere a una richiesta della piattaforma Uber, come confermato dal rapporto dell'ufficiale giudiziario inviato il 13 marzo 2017, il quale indicava che l'autista dispone di soli otto secondi per accettare la corsa che gli è proposta.

14. Quanto al potere disciplinare, oltre alle disconnessioni temporanee a seguito di tre rifiuti di corse di cui la società Uber riconosce l'esistenza, e le correzioni tariffarie applicate qualora l'autista scelga un «itinerario inefficiente», la Corte d'Appello ha ritenuto che esso si esplica anche nella fissazione da parte della società Uber BV di un tasso di annullamento delle richieste, peraltro variabile in «ogni città» secondo la carta della comunità Uber, che può causare la perdita d'accesso al conto, e nella perdita definitiva di accesso all'applicazione Uber in caso di segnalazioni di «comportamenti problematici» da parte degli utilizzatori, alle quali il signor X è stato esposto; poco importa che i fatti contestati si siano verificati o che la relativa sanzione sia proporzionata al fatto commesso.

15. La Corte d'Appello, che ha così dedotto dall'insieme degli elementi precedentemente indicati che la qualificazione come lavoratore autonomo del signor X è fittizia e che la società Uber BV gli aveva rivolto direttive, ne controllava l'esecuzione e aveva esercitato un potere disciplinare, ha legittimamente giustificato la sua decisione, senza male interpretare i termini del contratto e senza incorrere in vizi della motivazione (*Omissis*).

Per questi motivi, la Corte:

(*Omissis*) rigetta il ricorso.

Riferimenti bibliografici

De Stefano V. (2017), *Lavoro «su piattaforma» e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in q. *Riv.*, I, 241 ss.

IL CASO 2

*Jeremias Adams-Prassl, Antonio Aloisi,
Valerio De Stefano, Nicola Kountouris (*)*

LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE PRENDE TEMPO? L'ORDINANZA YODEL E LE SUE (SCARSE) IMPLICAZIONI PER IL LAVORO TRAMITE PIATTAFORMA

SOMMARIO: 1. L'organizzazione del lavoro presso Yodel. — 2. Chi è un «lavoratore» per il diritto del lavoro dell'Unione europea? — 3. Riflessioni conclusive.

Negli ultimi mesi, com'era inevitabile, la pandemia da Covid-19 e i suoi effetti sul mercato del lavoro hanno oscurato vicende pur importanti, non strettamente collegate agli sforzi di contenimento del contagio e alle misure adottate a sostegno di imprese, famiglie e lavoratori. Sebbene la notizia sia passata sottotraccia, a fine aprile la Corte di Giustizia dell'Unione europea – con l'ordinanza del 22.4.2020 nella causa *B contro Yodel Delivery Network Ltd* (1) – si è pronunciata su un caso molto atteso dagli addetti ai lavori, specie di quelli interessati ai destini del lavoro tramite piattaforma. La questione riguarda il dilemma qualificatorio di un rapporto di lavoro e, in particolare, insiste sulla definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della direttiva europea sull'orario di lavoro (2). In più, l'ordinanza motivata consente di riflettere ancora una volta sulla capacità del diritto dell'Ue di adattarsi ai profondi cambi di paradigma che stanno ridisegnando la società contemporanea.

Questa nota intende analizzare l'ordinanza emessa in risposta alla domanda pregiudiziale sollevata da un tribunale britannico. La pronuncia merita attenzione dal momento che rappresenta uno dei pochi (o meglio dei primi) interventi della Corte di Giustizia che investono l'organizzazio-

(*) Rispettivamente: professore presso l'Università di Oxford (Gran Bretagna); assistant professor e Marie Skłodowska-Curie Fellow presso la IE Law School, IE University, Madrid; professore di Diritto del lavoro presso la KU Leuven, Lovanio; professore di Diritto del lavoro e Diritto dell'Unione europea presso l'University College di Londra.

(1) C. Giust. 22.4.2020, C-692/19, ord., S. VIII, *B contro Yodel Delivery Network Ltd*, 2020, ECLI:EU:C:2020:288.

(2) Direttiva n. 2003/88 del 4.11.2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

ne del lavoro di un'impresa che adotta il modello gestionale sempre più in voga nel comparto della distribuzione al dettaglio intermediata da piattaforme digitali. Per quanto non coinvolga alcuna delle società in vista, impegnate in una strenua lotta nelle aule dei tribunali, il testo si confronta con uno schema organizzativo che negli ultimi anni si è largamente affermato su scala globale fino a diventare paradigmatico (3). C'è da dire che alcuni passaggi piuttosto ambigui dell'ordinanza qui annotata si sono da subito prestati a un'interpretazione entusiastica, se non addirittura compiacente (4). A un'analisi approfondita, tuttavia, l'atteggiamento della Corte appare tutt'altro che pilatesco, tanto più che il testo non ignora le evidenti storture risultanti dal combinato di formule contrattuali deresponsabilizzanti e interpretazioni troppo statiche della nozione di lavoratore. Con l'ordinanza, a ben vedere, si ribadisce un orientamento che, se applicato estensivamente, potrebbe garantire accesso alle tutele lavoristiche a una folta schiera di lavoratori non standard.

Fin da subito, è necessario sgomberare il campo da un altro possibile fraintendimento. Contrariamente a quel che potrebbe concludersi all'esito di una lettura decontestualizzata, l'ordinanza non sancisce che le protezioni legate all'orario di lavoro siano precluse a quei lavoratori che sono falsamente classificati come autonomi, compresi quelli che operano per il tramite di piattaforme. Né l'ordinanza rappresenta un salvacondotto per le iniziative di classificazione impropria o fraudolenta del rapporto di lavoro che sempre più di frequente si registrano nei diversi segmenti della cosiddetta *gig economy*. D'altra parte, come si argomenterà nei paragrafi che seguono, la pronuncia ha una gittata limitata dal momento che è profondamente influenzata dai fatti alla base del ricorso, oltre che dalle condizioni organizzative che – se provate in giudizio – rappresenterebbero una felice eccezione nel panorama della logistica *on-demand*. Inoltre, occorre constatare che la scelta dei giudici europei non si colloca al di fuori del sentiero tracciato negli anni in fatto di definizione dell'ambito soggettivo di applicazione degli strumenti normativi principali del diritto del lavoro dell'Unione europea (5). Una considerazione sul valore intrinseco di questo provvedimento indurrebbe a raffreddare i facili entusiasmi: si tratta, per l'appunto, di un'ordinanza, e non di una sentenza; il che conferma la sua scarsa capacità di stabilire un precedente vincolante. Da ultimo, il sostrato giuridico su cui si inserisce, quello del diritto del lavoro del Regno Unito,

(3) Aloisi 2020.

(4) Romera, Semprún 2020.

(5) Giubboni 2018.

ospita delle anomalie che non sono rinvenibili in altre giurisdizioni, a tacer delle incertezze legate al processo di fuoriuscita del paese dall'Unione europea.

Senza entrare nel merito delle tante questioni innescate o esacerbate dall'ascesa del lavoro tramite piattaforma, questo commento breve si divide in tre sezioni. La prima parte analizza il testo dell'ordinanza, ne sintetizza i contenuti principali e descrive il modello operativo oggetto di indagine. La seconda parte discute in maniera critica alcuni passaggi del testo. In questa sezione, inoltre, si riflette sulla nozione di «lavoratore» plasmata dalla Corte di Giustizia e si ricapitolano le iniziative che sono state fin qui elaborate per superare le debolezze di un approccio inefficientemente protettivo. Dopo aver passato in rassegna le pratiche diffuse nell'ecosistema variegato del lavoro tramite piattaforma e i recenti sviluppi normativi, la terza parte conclude interrogandosi sul tema dell'asserita flessibilità organizzativa, anche alla luce della ricca giurisprudenza domestica che si sta sviluppando attorno alla corretta classificazione dei lavoratori organizzati tramite sistemi digitali.

1. — *L'organizzazione del lavoro presso Yodel* — Il ricorso è stato presentato da un corriere («B») che lavorava per la società di consegne Yodel dal 2017. Il contratto indicava espressamente che gli spedizionieri erano ingaggiati come «lavoratori autonomi». Dopo una sessione di formazione e addestramento sulle funzionalità dell'applicazione digitale, gli stessi effettuavano le consegne servendosi dei propri mezzi e utilizzando i cellulari personali per interagire con la società di spedizioni e i clienti. A ben vedere, le condizioni cartolari concedevano un ampio margine di flessibilità, apparentemente inusuale rispetto al modello praticato nel settore della logistica dell'ultimo miglio. In particolare, i corrieri avevano la possibilità di ingaggiare un subfornitore o un sostituto per una parte o per la totalità del servizio reso, restando tuttavia responsabili per ogni inadempimento degli stessi. La società si riservava un potere di voto nei confronti di un eventuale sostituto che non avesse soddisfatto i requisiti di professionalità indicati nel contratto. Inoltre, ai fattorini era consentito effettuare consegne non in regime di esclusività per conto di altre società, anche concorrenti di Yodel, senza alcuna limitazione agli impegni paralleli. Cosa ancor più notevole, i lavoratori erano liberi di rifiutare le richieste di consegna e di fissare un numero massimo di ordini che avrebbero completato in un determinato arco temporale. L'accordo prevedeva un pagamento fisso per ciascuna consegna effettuata, ma va precisato che la società di consegne aveva il diritto esclusivo di determinare tale tariffa. Per ciò che riguarda l'orario di lavoro, erano

gli stessi corrieri a stabilire i tempi e la successione delle consegne così come pure il percorso stradale per evadere gli ordini presso i destinatari, all'interno di una finestra temporale che andava dalle sette e trenta del mattino alle nove della sera, da lunedì al sabato.

Il corriere «B» si era rivolto a un tribunale per ottenere di essere riqualificato come «*worker*» ai sensi del diritto del lavoro britannico e per beneficiare della disciplina protettiva dell'orario di lavoro. Occorre precisare che quella di «*worker*» è un'ampia categoria intermedia nel Regno Unito (6). Si tratta di particolari lavoratori autonomi che offrono prestazioni personali a una parte terza, che non si pone come mero cliente o committente. Tale categoria «terza» consente di accedere al regime del *minimum wage*, alla disciplina dell'orario di lavoro (e quindi alle norme sul riposo e sulle ferie retribuite), alle tutele antidiscriminatorie e a quelle collettive (7). La domanda di pronuncia pregiudiziale rimessa dal Tribunale del lavoro va letta alla luce di questo dato peculiare del diritto del lavoro britannico. Bisogna però sottolineare che il giudice remittente fornisce una lettura discutibile della nozione di «*worker*»: uno *status* a suo dire «incompatibile con il diritto di offrire servizi a più committenti in simultanea». Non solo, il giudice si spinge a sostenere che l'aver sottoscritto l'impegno non esclusivo a favore della piattaforma Yodel è di per sé sufficiente a confermare la classificazione come lavoratore non subordinato; interpretazione che non trova conferme nella dottrina e nella giurisprudenza anglosassoni (8). Tra l'altro, l'asserzione semplicistica per cui i corrieri non possano per nulla considerarsi lavoratori subordinati condiziona molti passaggi del ragionamento sviluppato dai giudici della Corte di Giustizia. Sulla base di queste premesse non esattamente pacifiche, il giudice pone alla Corte di Lussemburgo una serie di questioni preliminari rispetto all'eventualità che un lavoratore autonomo possa considerarsi destinatario delle tutele contenute nella direttiva sull'orario di lavoro (evidenziando elementi di notevole importanza: il fatto che lo spedizioniere *non si fosse effettivamente servito di un sostituto*, così come il fatto che lo stesso non avesse lavorato per società concorrenti) (9).

A questo punto è opportuno affrontare una questione non secondaria che investe il rango della pronuncia emessa. Secondo l'articolo 99 delle Regole di procedura interne alla Corte, infatti, si può rispondere a una questione sollevata anche con un'ordinanza motivata quando sia possibile

(6) Adams-Prassl 2017.

(7) Aloisi 2019.

(8) Sul tema della «*mutuality of obligation*», si vd.: Bogg 2019; Cabrelli 2017.

(9) Si rinvia a Kountouris 2015.

far riferimento alla giurisprudenza oppure quando il caso sia di facile soluzione (10). Per questi motivi, la Corte di Giustizia ha preferito emettere una semplice ordinanza anziché una sentenza secondo l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TfUe). Ciò avviene, come ricorda la Corte, laddove «la soluzione di una questione pregiudiziale sottoposta alla Corte può essere chiaramente dedotta dalla giurisprudenza o quando essa non dà adito ad alcun ragionevole dubbio» (par. 21) (11). Non c'è dunque da illudersi che questa ordinanza sia foriera di sviluppi «sensazionali» per il diritto del lavoro.

2. — *Chi è un «lavoratore» per il diritto del lavoro dell'Unione europea?* — A ben vedere, la domanda di rinvio pregiudiziale verte sulla «resistenza» totale o parziale della Direttiva europea n. 2003/88 alle clausole di sostituzione e pone la questione della relazione problematica tra fase negoziale e fase esecutiva del rapporto di lavoro (12). Lo stesso tribunale britannico chiede ragguagli, in verità senza ottenere conforto, in merito al metodo di calcolo dell'orario di lavoro nel caso in cui il lavoratore sia impegnato discontinuamente o si metta al servizio di altre società concorrenti, anche simultaneamente. La Corte di Giustizia, infatti, ridefinisce la domanda pregiudiziale mossa dal giudice britannico come segue: «la Direttiva n. 2003/88 preclude la possibilità per un lavoratore qualificato come autonomo di essere riclassificato come “worker” ai fini della direttiva, nel caso in cui questi abbia autonomia nell'utilizzo di sostituti, nell'accettazione o nel rifiuto degli ordini, nella possibilità di operare a favore di altre parti, e nello stabilire l'orario di lavoro sulla base delle proprie esigenze pur all'interno di certi parametri?».

In verità, la direttiva in esame tace sul significato specifico del termine «lavoratore» (13). Esiste tuttavia una ricca giurisprudenza che ha portato alla definizione di una nozione autonoma di «lavoratore», richiamata nella stessa ordinanza annotata al par. 26 (14): una nozione che non è del tutto sovrappo-

(10) Art. 99 della *Consolidated version of the Rules of Procedure of the Court of Justice of 25 September 2012*.

(11) Sentenza della Corte di Giustizia 11.9.2008, da C-428/06 a C-434/06, S. III, *Unión General de Trabajadores de La Rioja (Ugt-Rioja) e altri contro Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e altri*, 2008, ECLI:EU:C:2008:488, punto 42.

(12) Pacella 2020.

(13) Menegatti 2020.

(14) Sentenza della Corte di Giustizia 20.11.2018, C-147/17, Grande Sezione, *Sindicatul Familia Constanța e a. contro Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Constanța*, 2018, ECLI:EU:C:2018:926; si legge al punto 41, che «[a]i fini dell'applicazione della Direttiva n. 2003/88, la nozione di “lavoratore” non può

nibile a quella classica di lavoratore subordinato (quella che, per fare un parallelo, nel sistema italiano è stata storicamente letta in chiave di «eterodirezione») (15). Val la pena ribadire che il diritto dell'Unione europea non contempla categorie ibride come quella del «*worker*» a cui fa riferimento la domanda di pronuncia pregiudiziale. La Corte di Giustizia, infatti, si premura di distinguere tra lavoratori a cui sono garantite in blocco le tutele tipiche della subordinazione (categoria, quest'ultima, individuata anche in presenza di indici di controllo e subordinazione molto tenue) (16) e lavoratori genuinamente autonomi. Sulla scorta di questa alternativa binaria, anche in questo caso la Corte resta fedele alla giurisprudenza di vecchia data sul tema.

La Corte non rinuncia a ribadire il fatto che il termine «*worker*» abbia assunto un significato autonomo ai fini del diritto dell'Ue (17). Inoltre, in ragione del supremo principio di prevalenza della sostanza sulla forma, l'operazione di riqualificazione messa in atto da qualsivoglia tribunale deve fondarsi su criteri oggettivi e non può prescindere da una valutazione complessiva di tutte le circostanze alla base del caso portato all'attenzione dei giudici (18). In più, la Corte si affretta a confermare che «la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca prestazioni di indiscusso valore economico a un'altra persona e sotto la direzione della stessa, ricevendo come contropartita una retribuzione» (19). Non

essere interpretata in modo da variare a seconda degli ordinamenti nazionali, ma ha una portata autonoma propria del diritto dell'Unione. Essa dev'essere definita in base a criteri obiettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi delle persone interessate. Orbene, la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in cambio delle quali percepisce una retribuzione»).

(15) Alcuni studiosi si sono spinti a equiparare il criterio definito dalla giurisprudenza europea a quello nostrano di «etero-organizzazione». Si vd. Giubboni 2018. Per una rassegna della giurisprudenza nazionale recente sul tema si rinvia a Carinci 2020 e Santoro Passarelli 2020.

(16) Sentenza della Corte di Giustizia 10.11.2010, C-232/09, S. II, *Dita Danosa v LKB Lizzings SIA*, 2010, ECLI:EU:C:2010:674.

(17) Kountouris 2018. Sentenza della Corte di Giustizia 14.10.2010, C-428/09, S. II, *Union syndicale Solidaires Isère contro Premier ministre e altri*, 2010, EU:C:2010:612, punto 29, e sentenza della Corte di Giustizia 26.3.2015, C-316/13, S. I, *Gérard Fenoll contro Centre d'aide par le travail «La Jouvene» e Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales (Apei)*, 2015, EU:C:2015:200, punto 29.

(18) In linea con quanto raccomandato nella R198 – *Employment Relationship Recommendation*, 2006 (n. 198) dell'Oil. Si vd. De Stefano 2019.

(19) Sentenza della Corte di Giustizia 3.7.1986, C-66/85, *Deborah Lawrie-Blum contro Land Baden-Württemberg*, 1986, ECLI:EU:C:1986:284, punto 17.

si tratta ovviamente di un criterio statico e, negli anni, la Corte ha messo a punto un'analisi tendenzialmente espansiva che varia a seconda della materia su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi. Un altro aspetto merita attenzione; com'è noto, anche se il lavoratore è inquadrato come «prestatore autonomo» ai sensi del diritto nazionale, non è escluso che «debba essere qualificato come “lavoratore”, ai sensi del diritto dell’Unione, se la sua indipendenza è solamente fittizia e nasconde in tal modo un vero e proprio rapporto di lavoro» (20). Questi passaggi riprendono testualmente le sentenze *Allonby e Fnv Kunsten* (21). In principio, è quindi compito della Corte nazionale provvedere a tale operazione di classificazione. Il margine discrezio-

(20) Sentenza della Corte di Giustizia 4.12.2014, C-413/13, S. I, *Fnv Kunsten Informatie en Media contro Staat der Nederlanden*, 2014, ECLI:EU:C:2014:2411, punto 35, ma anche sentenza della Corte di Giustizia 13.1.2004, C-256/01, *Debra Allonby contro Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional e Secretary of State for Education and Employment*, 2004, ECLI:EU:C:2004:18, punto 71. La Corte di Giustizia definisce «falsi lavoratori autonomi» quei «prestatori che si trovano in una situazione paragonabile a quella dei lavoratori» (*Fnv Kunsten*, punto 31). Lo stesso ragionamento potrebbe essere esteso a molti lavoratori che offrono i propri servizi tramite piattaforma digitale. A tal proposito, la decisione nel caso *Uber* riveste un ruolo cruciale, sebbene non tratti espressamente la materia giuslavoristica (sentenza della Corte di Giustizia 20.12.2017, C-434/15, Grande Sezione, *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain*, 2017, ECLI:EU:C:2017:981). La Corte ha rilevato che Uber opera come fornitore di servizi di trasporto anziché come mero intermediario tecnologico tra clienti e fornitori indipendenti di servizi (è con questa formula che la piattaforma qualifica i propri autisti). Per giungere a questo esito, largamente condivisibile, la Corte ha osservato che «Uber esercita un’influenza determinante sulle condizioni della prestazione di siffatti conducenti. [...] Uber fissa, mediante l’omonima applicazione, se non altro il prezzo massimo della corsa, che tale società riceve tale somma dal cliente prima di versarne una parte al conducente non professionista del veicolo e che essa esercita un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti nonché sul comportamento di quest’ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione» (punto 39). In una situazione del genere, si può concludere che gli autisti di Uber – ma il ragionamento potrebbe essere esteso a molti lavoratori la cui attività è organizzata dalle piattaforme – operino solo «come ausiliari integrati nell’impresa committente» e quindi, per dirla con le parole della sentenza *Fnv Kunsten*, non siano in grado di «determinare in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipendono interamente dal [proprio] committente». Essi possono quindi essere considerati come «parte integrante dell’impresa di detto datore di lavoro, formando con essa un’unità economica» (*Fnv Kunsten*, punto 36). Si vd. De Stefano, Aloisi 2019.

(21) Molto si è scritto sulla eterogenesi dei fini di questa pronuncia, così come pure sui rischi applicativi della categoria dei «falsi autonomi». Sia concesso rinviare a De Stefano, Aloisi 2019. Ma si vd. anche: Arena 2016; Delfino 2018; Grosheide, ter Haar 2018.

nale delle Corti domestiche non è però smisurato; esse sono chiamate a prendere in considerazione i criteri elaborati nel tempo dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Come è stato sancito a proposito di un caso sul lavoro a tempo parziale, un potere discrezionale «illimitato» esercitato da parte delle Corti nazionali finirebbe per privare gli strumenti normativi dell'Unione europea del proprio effetto utile (22).

La Corte passa in rassegna casi concreti in cui un lavoratore, sebbene contrattualizzato come autonomo ai sensi della legge nazionale e ai fini delle discipline fiscali o amministrative, agisca sotto la direzione di un datore di lavoro quanto alla scelta di tempi, luoghi e contenuti della prestazione, senza assumersi il rischio d'impresa del datore ma anzi essendo integrato nell'impresa per la durata del rapporto di lavoro, formando con essa un'unità economica (23). Questo catalogo serve a fortificare la prerogativa della Corte di Giustizia di «superare» la classificazione domestica, nel caso in cui non trovi riscontro nella realtà fattuale della prestazione lavorativa. D'altra parte, rievoca la Corte in senso opposto, «una maggiore flessibilità riguardo alla scelta del tipo di lavoro e dei compiti da svolgere, alla maniera in cui tale lavoro o tali compiti debbano essere svolti nonché all'orario e al luogo di lavoro, e una maggiore libertà nella selezione dei propri collaboratori» (24) rappresentano «indizi» tipicamente associati alla categoria del lavoro autonomo. Evidentemente, l'analisi non tanto della sussistenza meramente nominale di tale autonomia, quanto invece della sua ampiezza, è un compito demandato alla Corte remittente, chiamata a basare il proprio giudizio su elementi concreti, in modo olistico, in continuità con i criteri

(22) Sentenza della Corte di Giustizia 1.3.2012, C-393/10, S. II, *Dermod Patrick O'Brien contro Ministry of Justice*, già *Department for Constitutional Affairs*, 2012, ECLI:EU:C:2012:110, punti 34 e 35. Una rappresentazione chiara di questo principio va rintracciata in una sentenza sul lavoro somministrato: si vd. C. Giust. 17.11.2016, C-216/15, S. V, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH contro Ruhrlandklinik gGmbH*, 2016, ECLI:EU:C:2016:883.

(23) Sentenza della Corte di Giustizia 4.12.2014, C-413/13, S. I, *Fnv Kunsten Informatie en Media contro Staat der Nederlanden*, 2014, ECLI:EU:C:2014:2411, punto 36, e giurisprudenza ivi citata. Si ricorda che, come si legge al punto 33, «un prestatore di servizi può perdere la qualità di operatore economico indipendente, e dunque d'impresa, qualora non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipenda interamente dal suo committente, per il fatto che non sopporta nessuno dei rischi finanziari e commerciali derivanti dall'attività economica di quest'ultimo e agisce come ausiliario integrato nell'impresa di detto committente».

(24) Sentenza della Corte di Giustizia 10.9.2014, C-270/13, S. II, *Iraklis Haralambidis contro Calogero Casilli*, 2014, ECLI:EU:C:2014:2185, punto 33.

ermeneutici raffinati nel corso degli anni e spesso oggetto di controversia. Non si tratta dunque di un automatismo.

Dopo aver provveduto a rievocare questi orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati (25), la Corte esamina le circostanze fattuali del caso di specie. A ben vedere, i passaggi che seguono si mettono in dialogo con la rappresentazione dei fatti operata dalla Corte britannica. In particolare, sebbene si accetti che il corriere «B» abbia avuto un ampio margine di autonomia nei confronti del committente, si precisa che è fondamentale verificare che tale indipendenza non sia, per così dire, «virtuale» (26). In più, la Corte di Lussemburgo raccomanda di appurare l'esistenza di un eventuale rapporto di lavoro subordinato tra lo spedizioniere e la società convenuta. A questo punto, la Corte sembra entrare nel merito della vicenda in esame, tanto da spingersi a validare l'ipotesi del giudice nazionale secondo cui il corriere avesse un diritto pieno di rifiutare gli ordini e di stabilire autonomamente il numero massimo di spedizioni da completare in un dato arco temporale. Analogamente, si «certifica» che l'assenza di una clausola di esclusività garantisse al lavoratore la possibilità di offrire servizi a molteplici parti terze, anche simultaneamente. Sulla scorta di queste considerazioni, la Corte riconosce, da un lato, che l'autonomia del fattorino non sia da considerarsi fittizia o nominale e, dall'altro, che lo stesso non sia impegnato in un rapporto di lavoro subordinato con la società di consegne (par. 43). Coerentemente con quanto richiamato sopra, non si fa dipendere l'esito di questo percorso di indagine dal dato letterale del contratto o dalle norme del diritto nazionale. Questo paragrafo, sebbene non sia affatto eretico e anzi si ponga in scia con la tradizione interpretativa della Corte, è forse quello più importante di tutta l'ordinanza, giacché frena ogni eventuale fuga in avanti e ribadisce l'approccio pragmatico con cui la Corte di Giustizia ha letto la vicenda oggetto di ricorso.

Infine, la Corte conclude che la direttiva europea sull'orario di lavoro (27) potrebbe escludere «una persona assunta dal suo presunto datore di lavoro ai sensi di un accordo che stabilisce che è un lavoratore autonomo dall'essere classificato come "worker" ai fini della direttiva stessa», nel caso in cui al lavoratore sia concessa la libertà di «utilizzare subappaltatori o sostituti per eseguire il servizio che si è obbligato a prestare; accettare o meno i vari

(25) Risak, Dullinger 2018.

(26) Aloisi 2018.

(27) Per via dei limiti di spazio, non è possibile analizzare nel dettaglio il contenuto della direttiva. Per un approfondimento si rinvia a: Inversi 2019; Adnett, Hardy 2001; Kenner 2004; Bogg 2016; Ales, Popma 2019.

compiti commissionati dal suo presunto datore di lavoro o fissare unilateralmente il numero massimo di tali compiti; fornire i suoi servizi anche a terzi, compresi i concorrenti diretti del presunto datore di lavoro, e fissare il proprio orario di lavoro entro determinati parametri e adattare il suo tempo a seconda della sua convenienza personale anziché a esclusivo beneficio degli interessi del presunto datore di lavoro» (par. 45 dell'ordinanza annotata).

Sarebbe del tutto errato arrivare a sostenere sulla base di questi ragionamenti che i lavoratori della *gig economy* siano stati considerati prestatori autonomi dalla Corte di Giustizia. Tutt'altro. L'ordinanza, quasi in modo tautologico, conferma che la direttiva sull'organizzazione dell'orario di lavoro non si applica a un lavoratore che sia genuinamente autonomo e non subordinato (28).

Nonostante ciò, l'ordinanza presenta un punto debole. Essa, infatti, sembra troppo concentrata sul dato cartolare dell'accordo, tanto da omettere un'indagine approfondita sulla sostanza del rapporto. Per nulla ci si interroga, ad esempio, sulla responsabilità che resta in capo al corriere che dovesse subappaltare i suoi servizi, sul meccanismo di sanzioni «implicite» nel caso in cui gli ordini vengano effettivamente rifiutati o, ancora, sull'impossibilità pratica di servirsi del regime di committenza nel contesto di mansioni che non ammettono il *multitasking*. Nonostante il silenzio intorno a tali aspetti decisivi, la Corte si lascia andare a una considerazione di dubbia lettura: un'organizzazione secondo tempi contingentati, nonostante la predicata flessibilità nella scelta di orari e modalità, sarebbe «inerente» al servizio stesso (par. 42). Non si comprende in che misura una questione puramente organizzativa possa essere letta come naturale, né si afferra il motivo di questa valutazione del tutto spuria da parte della Corte, proposta dopo aver tanto insistito sul principio di indisponibilità del regime legale. Stupisce, per di più, che la Corte rievochi un argomento spesso utilizzato dai fautori dello stato di eccezione garantito agli operatori dell'economia delle piattaforme il cui modello di *business*, a loro dire, non si presterebbe «per costituzione» ad aderire alle regole del diritto del lavoro, pena l'insonstenibilità e il fallimento. La tesi, che è stata smentita per mano di quegli stessi operatori del settore che hanno adottato soluzioni organizzative meno liquide, non rileva da un punto di vista giuridico, a meno di non voler cedere al paternalismo che tollera un vantaggio competitivo guadagnato grazie all'applicazione selettiva e spesso «disinvolta» delle norme del diritto del lavoro e della sicurezza sociale (29).

(28) Si può peraltro azzardare, estendendo il ragionamento, che la direttiva dovrebbe applicarsi anche ai lavoratori «falsi autonomi», come definiti *supra*.

(29) Aloisi, De Stefano 2020.

Molte piattaforme digitali e altri attori economici includono contratti di adesione e clausole standard che contemplano margini di flessibilità e autonomia destinati a restare sulla carta. Sempre più di frequente queste formule ammettono espressamente la possibilità di ricorrere a sostituti, rifiutare le chiamate o gli ordini e, addirittura, di organizzare liberamente il proprio orario di lavoro proprio al fine di minimizzare il rischio che il prestatore sia riclassificato come lavoratore subordinato. Evidentemente, la sottoscrizione di questi accordi non annulla i principi dell'indisponibilità del tipo legale e del primato del dato fattuale su quello contrattuale. In molti paesi europei, come Spagna (30), Francia (31) e Regno Unito (32), le Corti e i tribunali hanno disinnescato tali clausole tutte le volte che queste non riflettevano l'oggettivo dispiegarsi della prestazione di lavoro o anche nel caso in cui il potere direttivo del supposto datore di lavoro era esercitato pienamente, a dispetto delle «note legali» a cui i lavoratori prestano adesione. In molti casi è emersa l'impraticabilità delle «clausole di sostituzione», tanto per questioni di fattibilità del «rimpiazzo» quanto per le restrizioni che le stesse introducono, ad esempio, rispetto al profilo professionale del supplente. Cosa ancor più rilevante, fino a quando non si sarà in grado di ottenere trasparenza, prevedibilità e sovranità umana sugli algoritmi che organizzano e valutano le prestazioni, non sarà possibile escludere che i lavoratori che scelgono piani asseritamente flessibili non finiscano organizzati (e penalizzati) dal sistema digitale nell'assegnazione dei turni e degli ordini. Molte più energie dovrebbero dedicarsi all'approfondimento di questi profili di trasformazione, se non addirittura di ampliamento, delle modalità di esercizio dei poteri datoriali, che ormai interessano una platea molto ampia di lavoratori, non necessariamente atipici.

Quando il controllo è esercitato per mezzo di strumenti digitali quali algoritmi, dispositivi di geolocalizzazione o sistemi di valutazione esternalizzata a utenti e clienti (33), neppure l'esistenza di clausole di sostituzione o la flessibilità del lavoratore nel decidere se e quando rendere la prestazione possono escludere la possibilità che quest'ultimo sia riclassificato come subordinato, e che quindi possa accedere allo Statuto protettivo del diritto del lavoro. La sottoscrizione di condizioni contrattuali standardizzate non può com-

(30) Sentenza del *Juzgado de lo Social* di Madrid, S. 19, del 22 luglio 2019, n. 2952/2019, in <https://bit.ly/2WA1bdW>.

(31) Cassazione 4.3.2020, n. 374, in <https://bit.ly/3dVe8or>.

(32) Corte d'Appello del lavoro 19.12.2018, n. A2/2017/3467, in <https://bit.ly/2ZaFd38>.

(33) De Stefano 2018a.

primere il sindacato giudiziale circa la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, quando il dato oggettivo indica una situazione agli antipodi di quella rappresentata nell'accordo. Sostenere il contrario, cioè che la mera inserzione di clausole di sostituzione e di turni flessibili sia sufficiente a provare la natura autonoma del rapporto, non solo tradisce il senso dell'ordinanza, ma – cosa ancor più grave – si pone in contraddizione con la giurisprudenza della Corte di Giustizia. L'ordinanza della Corte è perfettamente coerente con questa linea interpretativa, sebbene non si spinga a fornire elementi utili per «aggiornare» l'analisi classica che pure molti tribunali nazionali stanno rinnovando (34). È un processo che prende tempo, e non mancano certo le contraddizioni né le tendenze alla conservazione, ma l'impressione è che nel prossimo futuro tanto si dibatterà su queste pratiche falsamente emancipatrici che, in realtà, riducono o annullano gli spazi di autonomia.

3. — *Riflessioni conclusive.* — In una fase storica in cui gran parte della forza lavoro su scala globale si è confrontata con l'«alta instabilità» della materia lavoristica, l'orario lavoro è tornato a prendersi la scena in ragione dello scompaginamento delle coordinate classiche di tempo, spazio e azione. Da un lato, si è assistito alla contrazione delle ore lavorate in presenza di sistemi di cassa integrazione a cui hanno avuto accesso i lavoratori delle imprese chiamate a sospendere le proprie attività; dall'altro, ci si è confrontati con una dilatazione dei tempi di lavoro, per via dell'adozione massiccia del «lavoro da casa» (poco spesso «agile», quasi mai agevole, viste le restrizioni imposte) che ha determinato l'accelerazione del processo di commistione tra sfera privata e sfera professionale.

Per questo, un tema apparentemente trascurato nella comunità dei giulslavoristi è tornato protagonista e promette di restare rilevante anche nei prossimi mesi, quando occorrerà sperimentare formule organizzative in grado di contemperare la tutela della salute pubblica con le esigenze della continuità produttiva (35). Si può azzardare che con il tema dell'organizzazione dell'orario di lavoro sarà opportuno tornare a prendere confidenza fin da subito, specie in un momento in cui il miraggio della flessibilità oraria ha svelato la sua natura unidirezionale e monodimensionale tanto nei comparti tradizionali quanto nei segmenti più innovativi del mercato del

(34) Si consideri anche la giurisprudenza in tema di assenza di vincolo di subordinazione, per esempio: sentenza della Corte di Giustizia 20.11.2001, C-268/99, *Aldona Małgorzata Jany e altri contro Staatssecretaris van Justitie*, 2001, ECLI:EU:C:2001:616, punti 34 e 70.

(35) Per una rassegna approfondita delle questioni si rinvia a Bavaro 2009.

lavoro (36). Resta sullo sfondo la promessa di accrescere la produttività e migliorare la qualità del lavoro grazie a modelli che divergono dall'impostazione tradizionale fondata su orari fissi e immutabili, anche con il supporto delle nuove tecnologie: una profezia che purtroppo tarda ad avverarsi, in assenza di una cultura aziendale che si faccia carico di archiviare il «presenzialismo» per adottare schemi che premino fiducia, responsabilità e risultati. Alle forze collettive spetterà inaugurare una stagione di contrattazione anche su questi elementi.

Più volte si è detto che le sfide poste dal lavoro tramite piattaforme si estendono ben oltre le dimensioni occupazionali, contenute ma comunque in crescita, del settore della *gig economy*. Da un lato, il modello seducente di «irresponsabilità organizzata» promette di essere replicato in altre aree del mercato del lavoro, come peraltro accade da tempo immemorabile (37); dall'altro, l'eccezionalismo con cui si guarda a questo fenomeno rischia di rappresentare una delega in bianco a processi di autoregolazione (e deregolamentazione) che sconfessano l'impianto normativo esistente, vanificando per giunta ogni tentativo di offrire soluzioni adattabili al mondo del lavoro in trasformazione. Proprio in ragione della portata ampia delle questioni sopra richiamate, in questo caso la Corte, pur senza rinunciare a esibire i pezzi forti dell'arsenale interpretativo sviluppato negli ultimi decenni, sembra «prendere tempo», senza sentirsi investita di un protagonismo nel dibattito sulla presunta inefficacia delle classiche categorie. Nei paragrafi precedenti si è tentato di giustificare questa postura timida, rimanendo alla scarsa innovatività della domanda e alle peculiarità del caso in esame.

Di sicuro, questo atteggiamento di cautela ha trovato una sponda inconsapevole nella Commissione europea, che di recente ha adottato una direttiva (38) che, proprio in fatto di ambito soggettivo di applicazione, ha raggiunto un compromesso apparentemente al ribasso. Eppure, questo nuovo strumento normativo era stato concepito con gli auspici di fornire una risposta convincente alle questioni irrisolte del lavoro non standard, discontinuo, precario e vulnerabile. Non è un mistero che molti commentatori, forse in un eccesso di ottimismo, avessero incaricato questa direttiva di reagire al fenomeno di «piattaformizzazione» del mercato del lavoro. A ben vedere, peraltro, alcune tutele sembrano avere un referente sociale proprio nei

(36) De Stefano 2018b.

(37) Stone 2005.

(38) Direttiva n. 2019/1152 del 20.6.2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Ue.

lavori atipici di seconda generazione (39). Si pensi alla limitazione dell'uso e della durata dei contratti occasionali e a chiamata, al divieto di clausole di esclusività non necessarie, alla possibile presunzione confutabile dell'esistenza di un contratto di lavoro o rapporto di lavoro con un numero garantito di ore retribuite basato sulle ore lavorate in un precedente periodo di riferimento, o di altre misure equivalenti che garantiscono un'efficace prevenzione delle pratiche abusive (art. 11). Ciononostante, il campo di applicazione della direttiva sarà senza dubbio terreno di scontro; l'articolo 1, c. 2, sancisce infatti che le disposizioni si applicano «a tutti i lavoratori nell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia» (40). Questa formula «addomesticata», che riflette la difficoltà di coagulare il consenso attorno a una definizione maggiormente inclusiva e autonoma, combina quasi plasticamente il rispetto per l'autonomia degli Stati membri nel definire la nozione di lavoratore con la forza espansiva della giurisprudenza recente della Corte di Giustizia. Bisognerà vigilare affinché non vada sprecata questa occasione di dialogo costruttivo tra Corti, alla luce degli obiettivi comunque lodevoli della direttiva, le cui disposizioni – seppur non rivoluzionarie – offrono controllabilità e programmabilità: condizioni quasi elementari che dovrebbero avvantaggiare proprio i lavoratori più vulnerabili.

D'altra parte, molti nuovi modelli imprenditoriali – *soi-disant «avanzi»* – si sono spesso distinti proprio per la creatività contrattuale funzionale all'aggiramento delle regole. A ben vedere, la qualifica di lavoratore, o meglio di subordinato, è negata non tanto per l'insufficiente versatilità della categoria, che d'altra parte legittima l'esercizio pieno dei poteri datoriali realizzando un sistema internamente flessibile, quanto invece per il desiderio di evitare i costi contributivi e fiscali che derivano da tale classificazione. Nel lungo periodo, questa spirale al ribasso minaccia di sconvolgere il patto sociale alla base delle nostre società. Si assiste infatti al dilagare di forme di controllo subdole, rigide e pervasive a cui non si fa corrispondere l'attivazione dei contrappesi definiti dal legislatore o negoziati dalle parti sociali nel corso degli anni. Bisognerà senz'altro contenere questo disaccoppia-

(39) Lo Faro 2017.

(40) Secondo il Considerando 8, «i lavoratori domestici, i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a *voucher*, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva a condizione che soddisfino tali criteri [per determinare la condizione di lavoratore]».

mento per via legislativa e interpretativa. Anche per questo motivo, le Corti sono chiamate a farsi carico di un approfondimento delle implicazioni, alcune palesi altre meno evidenti, di sistemi organizzativi abilitati da algoritmi e dispositivi tecnologici vari. Quella di andare oltre il puro formalismo contrattuale, focalizzato su semplici elementi estrinseci, per analizzare i rapporti di lavoro nella loro complessità sembra un'impostazione irrinunciabile. È così che si eviterà che sempre più lavoratori siano esclusi, imeritatamente, dal novero delle protezioni giuslavoristiche.

Non esistono totem, evidentemente, e anche le analisi «multifattoriali» congegnate dai tribunali nazionali soffrono di molte debolezze legate all'imprevedibilità e alla plurivocità (non spetta a questa nota darne conto). È vero che la delimitazione delle aree dell'autonomia e della subordinazione rischia di farsi sempre più complessa e scivolosa, per via di un processo naturale di ibridazione delle modalità di resa della prestazione (ai dipendenti sono proposte soluzioni organizzative molto elastiche, mentre gli autonomi restano intrappolati in forme di dipendenza organizzativa o economica che tradisce lo spirito di tale modello). Non bisogna tuttavia trascurare che l'inquadramento rappresenta il canale, spesso unico, di accesso allo Statuto protettivo del diritto del lavoro, o quantomeno a una vasta gamma di tutele. Nonostante le numerose voci che si sono levate per auspicare la dissoluzione della distinzione binaria tra subordinazione e autonomia, questo impianto è tutto fuorché escludente (41), tanto più oggi che in diversi paesi europei alcune tutele minime sono state estese anche nei confronti di quei lavoratori che sono genuinamente autonomi (42). D'altro canto, non è da scartare l'ipotesi che allo sbriciolamento dei confini tra subordinazione e autonomia si possa reagire non con un irrobustimento delle barriere, ma con il loro abbattimento totale. Per evitare guerre di logoramento sui connotati specifici delle categorie, si potrebbe sviluppare una costruzione più ampia dell'ambito soggettivo delle tutele a beneficio di quanti siano «ingaggiati da una parte terza per fornire lavoro in assenza di una dimensione imprenditoriale autonoma» (43).

Nel frattempo, da più parti, si invoca un atteggiamento coesivo che porti alla definizione di una nozione evoluta di «lavoratore» ai fini dell'applicazione dell'*acquis sociale* (44). Gli strumenti esistono, si tratti di una direttiva che arrivi a emendare l'ambito soggettivo delle precedenti o di un ruolo più prag-

(41) Davidov 2014; Fudge 2006.

(42) Cherry, Alosi 2017.

(43) Kountouris, De Stefano 2019. Si veda anche Freedland, Kountouris 2017.

(44) Garben *et al.* 2017.

matico della Corte di Giustizia volto a plasmare una definizione adattabile in via interpretativa. Mancano forse il coraggio e la volontà di fare decisivi passi avanti per ridare energia all'anima sociale del più grande esperimento politico mai realizzato. Tale supplemento di audacia si rende ancor più necessario per offrire risposte convincenti al risorgere di sentimenti che rischiano di mettere a repentaglio il percorso di armonizzazione fin qui condotto (45). C'è da domandarsi cosa aspettino le istituzioni dell'Unione europea a farsi carico di questa sfida. Ma c'è anche da sperare che gli sconquassi sociali che attraversano il mercato del lavoro impongano il ritorno a un'agenda sociale più ambiziosa che fornisca soluzioni concrete a tutti i lavoratori non standard e sottoprotetti, la cui «essenzialità» – dopo esser stata sancita per decreto – è oggi sotto gli occhi di tutti, specie dopo l'emergenza Covid-19.

CORTE DI GIUSTIZIA, 22.4.2020, C-692/19, ord., S. Ottava – Avv. Gen. Campos Sánchez-Bordona – B. c. Yodel Delivery Network.

Orario di lavoro – Direttiva n. 2003/88/Ce – Nozione di «lavoratore» – Impresa della logistica dell'ultimo miglio – Qualificazione di un corriere ingaggiato come fornitore autonomo di servizi – Possibilità per un corriere di avere sub fornitori e fornire servizi in contemporanea per società concorrenti – Contratto o rapporto di lavoro subordinato – Non sussiste.

La Direttiva n. 2003/88/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003 concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro deve essere interpretata nel senso che essa osta alla classificazione di «lavoratore» ai sensi della direttiva stessa di una persona ingaggiata dal suo presunto datore di lavoro con un contratto di fornitura di servizi, nel caso in cui tale lavoratore abbia l'effettiva autonomia di (i) utilizzare subappaltatori o sostituti per eseguire il servizio che si è obbligato a prestare; (ii) accettare o rifiutare i vari compiti commissionati dal suo presunto datore di lavoro o fissare unilateralmente il numero massimo di tali compiti; (iii) fornire i suoi servizi anche a terzi, compresi i concorrenti diretti del presunto datore di lavoro, e (iv) fissare il proprio orario di lavoro entro determinati parametri e adattare il suo tempo a seconda della sua convenienza personale anziché a esclusivo beneficio degli interessi del presunto datore di lavoro. Ciò purché, primo, l'autonomia di detto lavoratore non si riveli fittizia e, secondo, non sia possibile dimostrare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra tale persona e il suo presunto datore di lavoro. In ogni caso, è compito

(45) Sciarra 2018.

del tribunale remittente classificare il rapporto professionale ai sensi della Direttiva n. 2003/88/Ce, prendendo in considerazione tutti gli elementi relativi a tale persona e all'attività economica che questi conduce. (1)

Riferimenti bibliografici

- Adams-Prassl J. (2017), *Pimlico Plumbers, Uber Drivers, Cycle Couriers, and Court Translators: Who is a Worker?*, in *Law Quarterly Review*, vol. 133, n. 3, 366 ss.
- Adnett N., Hardy S. (2001), *Reviewing the Working Time Directive: rationale, implementation and case law*, in *Industrial Relations Journal*, vol. 32, 114 ss.
- Ales E., Popma J. (2019), *Occupational health and safety and working time*, in T. Jaspers et al. (a cura di), *European Labour Law*, Cambridge, 431 ss.
- Aloisi A. (2018), «With Great Power Comes Virtual Freedom». *A Review of the First Italian Case Holding That (Food-Delivery) Platform Workers Are Not Employees*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal, Dispatches*, in <https://ssrn.com/abstract=3260669>.
- Aloisi A. (2019), «A Worker is a Worker is a Worker»: *Collective Bargaining and Platform Work, the Case of Deliveroo Couriers*, in *International Labor Rights Case Law*, vol. 5, n. 1, 36 ss.
- Aloisi A. (2020), *Hierarchies without firms? Vertical disintegration, personal outsourcing and the nature of the platform*, in *Quaderni Giorgio Rota*, in <https://ssrn.com/abstract=3124389>.
- Aloisi A., De Stefano V. (2020), *Regulation and the future of work: The employment relationship as an innovation facilitator*, in *International Labour Review*, vol. 159, n. 1, 47 ss.
- Arena A. (2016), *La labor antitrust exemption al vaglio della Corte di Giustizia: quale contrattazione collettiva per i lavoratori cd. falsi autonomi?*, in *DLM*, vol. 1, 144 ss.
- Bavaro V. (2009), *Un itinerario sui tempi del lavoro*, in q. *Riv.*, n. 2, I, 213 ss.
- Bogg A. (2016), *The regulation of working time in Europe*, in A. Bogg et al. (a cura di), *Research Handbook on EU Labour Law*, Cheltenham-Northampton, 267 ss.
- Bogg A. (2019), *Taken for a ride: Worker in the gig economy*, in *Law Quarterly Review*, n. 135, 219 ss.
- Cabrelli D. (2017), *Uber e il concetto giuridico di «worker»: la prospettiva britannica*, in *DRI*, vol. 27, n. 2, 575 ss.
- Carinci F. (2020), *L'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 a un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24.1.2020, n. 1663*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 414, 1 ss.
- Cherry M.A., Aloisi A. (2017), «*Dependent contractors* in the gig economy – a comparative approach», in *American University Law Review*, vol. 66, n. 3, 635 ss.
- Davidov G. (2014), *Setting labour law's coverage: Between universalism and selectivity*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, n. 3, 543 ss.
- De Stefano V. (2018a), *A more comprehensive approach to platform-work litigation, Regulating for Globalization*, in <https://bit.ly/2zHE74c>.
- De Stefano V. (2018b), *Platform work and labour protection. Flexibility is not enough, Regulating for Globalization*, in <https://bit.ly/2TdoBDV>.
- De Stefano V. (2019), *L'ambito di applicazione soggettivo degli International Labour Standards dell'Oil*, in *LD*, n. 3, 429 ss.

- De Stefano V., Aloisi A. (2019), *La libertà sindacale e il diritto alla contrattazione collettiva dei lavoratori non standard e dei lavoratori su piattaforma*, in *QDLM*, n. 6, 147 ss.
- Delfino M. (2018), *Statutory minimum wage and subordination. Fnv Kunsten Informatie judgment and beyond*, in M. Łaga et al. (a cura di), *Labour law and Social rights in Europe: the Jurisprudence of the International Courts*, Gdańsk, 41 ss.
- Freedland M., Kountouris N. (2017), *Some Reflections on the «Personal Scope» of Collective Labour Law*, in *ILJ*, vol. 46, n. 1, 52 ss.
- Fudge J. (2006), *Fragmenting work and fragmenting organizations: The contract of employment and the scope of labour regulation*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 44, n. 4, 609 ss.
- Garben S. et al. (2017), *Towards a European Pillar of Social Rights: upgrading the EU social acquis*, in *College of Europe Policy Briefs*, n. 1.
- Giubboni S. (2018), *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in *RDSS*, n. 2, 207 ss.
- Grosheide E., ter Haar B. (2018), *Employee-Like Worker: Competitive Entrepreneur or Submissive Employee? Reflections on ECJ, C-413/13, Fnv Kunsten Informatie*, in M. Łaga et al. (a cura di), *Labour law and Social rights in Europe: the Jurisprudence of the International Courts*, Gdańsk, 21 ss.
- Inversi C. (2019), *Exploring the concept of regulatory space: employment and working time regulation in the gig-economy*, Tesi di dottorato, University of Manchester.
- Kenner J. (2004), *Re-evaluating the concept of working time: an analysis of recent case law*, in *ILJ*, vol. 35, 587 ss.
- Kountouris N. (2015), *Uses and Misuses of «Mutuality of Obligations» and the Autonomy of Labour Law*, in A. Bogg et al. (a cura di), *The Autonomy of Labour Law*, Oxford.
- Kountouris N. (2018), *The Concept of «Worker» in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope*, in *ILJ*, vol. 47, n. 2, 192 ss.
- Kountouris N., De Stefano V. (2019), *New trade union strategies for new forms of employment*, Etuc, Bruxelles.
- Lo Faro A. (2017), *Core and contingent work: a theoretical framework*, in E. Ales et al. (a cura di), *Core and contingent work in the European Union: a comparative analysis*, Oxford, 7 ss.
- Menegatti E. (2020), *Taking EU labour law beyond the employment contract: The role played by the European Court of Justice*, in *European Labour Law Journal*, vol. 11, n. 1, 26 ss.
- Pacella G. (2020), *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea*, in *LLI*, vol. 6, n. 1, 16 ss.
- Romera J., Semprún A. (2020), *Europa niega la relación laboral a los repartidores de plataformas digitales*, in eleconomistas.es, in <https://bit.ly/2BOTzsP>.
- Santoro Passarelli G. (2020), *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona», IT, n. 411, 1 ss.
- Sciarra S. (2018), *Solidarity and Conflict*, Cambridge University Press.
- Stone K.V.W. (2005), *Flexibilization, globalization and privatization: The three challenges to labor rights in our time*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 44, n. 1, 77 ss.

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE DI GIUSTIZIA, 27.2.2020, C-298/18, S. Quarta – Avv. Gen. Sharpston – Reiner Gafe, Jürgen Pohle c. Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH, OSL Bus GmbH.

**Trasferimento di azienda – Direttiva n. 2001/23 – Art. 1, par. 1 –
Mantenimento dei diritti dei lavoratori – Gestione di servizi di linea
con autobus – Riassunzione del personale – Mezzi di esercizio non
rilevati.**

Allorché un'entità economica rileva un'attività il cui svolgimento richieda importanti mezzi di esercizio, secondo una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, il fatto che detta entità economica non rilevi tali mezzi di proprietà dell'entità economica che esercitava precedentemente l'attività di cui trattasi, a causa di vincoli giuridici, ambientali e tecnici imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, non preclude necessariamente la qualificazione della fattispecie quale trasferimento d'impresa, qualora altre circostanze di fatto, come la riassunzione di una parte sostanziale del personale e il proseguimento – senza soluzione di continuità – dell'attività di cui trattasi, consentano di concludere per il mantenimento dell'identità dell'entità economica interessata; circostanza che spetta al giudice nazionale valutare. (1)

(1) CAMBIO D'APPALTO E TRASFERIMENTO DI IMPRESA DEL SERVIZIO DI TRASPORTO

1. — Il distretto di Oberspreewald-Lausitz indice, dopo otto anni dalla precedente aggiudicazione, una nuova procedura di appalto per il servizio di trasporto pubblico di passeggeri con autobus. L'appaltatore uscente non partecipa alla nuova procedura di gara, ritenendo di non poter depositare un'offerta economicamente valida; conseguentemente detta società cessa la propria attività e procede al licenziamento dei propri dipendenti e al pagamento, in virtù di un accordo aziendale, di un'indennità di licenziamento sia nel caso in cui non si fosse verificata la riassunzione

ne dei lavoratori da parte del nuovo appaltatore sia nel caso di riassunzione ma con perdite nella retribuzione.

La società che subentra nell'appalto decide di assumere la maggior parte dei conducenti e del personale direttivo della società ex appaltatrice del servizio, ma sceglie di non acquistare, né noleggiare, gli autobus, le rimesse e gli altri impianti di esercizio di quest'ultima, né di usufruire dei servizi della sua officina.

In occasione della successione di appalto due lavoratori licenziati impugnano il licenziamento, seppure con motivazioni differenti.

Il primo lavoratore, dopo essere stato ri-assunto come conducente di autobus dal nuovo appaltatore, lamenta il mancato riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata con la società uscente; egli, in particolare, contesta l'inquadramento al primo livello del contratto collettivo applicabile e fa valere la sussistenza di un trasferimento d'impresa fra le due società, in considerazione della quale la società subentrante è tenuta a riconoscergli l'anzianità di servizio maturata alle dipendenze dell'altra società e il corretto inquadramento professionale.

Il secondo lavoratore contesta il licenziamento e, in via subordinata, chiede alla società uscente il pagamento dell'indennità di licenziamento in ottemperanza dell'accordo aziendale.

Il nuovo appaltatore sostiene che nella fattispecie di cui trattasi non può sussistere trasferimento d'impresa in quanto non sono stati rilevati i beni produttivi materiali, quali gli autobus.

La società che svolgeva l'attività di trasporto pubblico sostiene, invece, di non essere tenuta al pagamento di alcuna indennità ai lavoratori in quanto sussiste trasferimento d'impresa con la società subentrante; ella, in particolare, afferma che la riassunzione di una parte sostanziale del personale unita al proseguimento senza soluzione di continuità dell'attività oggetto del cambio di appalto caratterizzano il mantenimento dell'identità dell'entità economica interessata, a nulla rilevando il trasferimento anche dei beni materiali, in quanto vetusti e non conformi alle norme ambientali.

Tanto premesso, il Tribunale del lavoro di Cottbus decide di sospendere il procedimento e domanda alla Corte di Giustizia dell'Ue di chiarire se configura trasferimento d'impresa a norma dell'art. 1, par. 1, della Direttiva n. 77/187 anche l'ipotesi di un cambio di appalto privo del trasferimento dei fattori materiali produttivi.

2. — L'appalto e il trasferimento di azienda sono due istituti giuridici distinti che presentano, tuttavia, rilevanti e controversi punti di connessione, specie nell'ipotesi di successione di appalto.

Come è noto, la Direttiva n. 2001/23 del 12.3.2001, al fine di chiarire la nozione di trasferimento d'impresa alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, codifica la Direttiva n. 77/187 e promuove l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri con riferimento al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti.

L'art. 1, par. 1, lett. b, della Direttiva n. 2001/23 individua l'oggetto del trasferimento d'impresa con «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»; la nozione di entità economica è, dunque, riferibile a un insieme organizzato di persone e/o di beni che consentono l'esercizio di una determinata atti-

vità. Nel caso in cui a seguito di cessione contrattuale o di fusione si verifichi un mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata che conserva nel trasferimento la propria identità, trova applicazione la direttiva in esame allorquando i rapporti di lavoro continuano con il cessionario. La finalità del legislatore comunitario è chiara: adottare disposizioni utili a proteggere i lavoratori in caso di cambio di imprenditore, assicurando la continuità dei rapporti di lavoro esistenti e il mantenimento dei loro diritti (Considerando 3).

Nell'ipotesi di successione di appalto, quando si configura trasferimento di impresa?

In risposta a questo interrogativo, la Corte di Giustizia applica le direttive in materia di trasferimento di impresa quando, indipendentemente da una relazione contrattuale diretta fra il cedente e il cessionario, il subentro nell'attività economica prosegue senza soluzione di continuità (*Ex multis*: C. Giust. 11.3.1997, C-13/95; C. Giust. 26.9.2000, C-175/99; C. Giust. 25.1.2001, C-172/99; C. Giust. 24.1.2002, C-51/00; C. Giust. 20.11.2003, C-340/01; per un approfondimento, si vd. Braico 2017, 712).

È, tuttavia, utile compiere un passo successivo, ovvero se sia sufficiente il trasferimento del solo complesso organizzato di persone, e non anche dei beni materiali.

In assenza di relazione contrattuale diretta fra l'appaltatore uscente e quello subentrante, il criterio decisivo per stabilire la sussistenza o no di un trasferimento di azienda in luogo di un mero cambio di appalto consiste nella circostanza che l'entità economica conservi la propria identità; tale dato è desumibile in primo luogo dal proseguimento effettivo della gestione o dalla sua ripresa (C. Giust. 6.3.2014, C-458/12; C. Giust. 9.9.2015, C-160/14). Detta identità emerge da una pluralità di elementi inerenti all'organizzazione del lavoro, al personale dipendente o ai mezzi di produzione o di gestione (C. Giust. 20.1.2011, C-463/09; C. Giust. 26.11.2015, C-509/14; C. Giust. 20.7.2017, C-416/16). Al fine di determinare il soddisfacimento di detto presupposto, è necessario operare una valutazione complessiva degli elementi che caratterizzano l'operazione di successione di appalto; in particolare, è utile analizzare criteri quali la tipologia di impresa, la cessione degli elementi materiali, l'ammontare del valore dei beni immateriali presenti al momento dell'atto di cessione, la riassunzione o no di una quota sostanziale del personale da parte del nuovo appaltatore, l'eventuale trasferimento di clientela, il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo l'aggiudicazione del nuovo appalto, nonché la durata di un'eventuale sospensione di queste attività (C. Giust. 9.9.2015, C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito c. Portogallo*). Definiti i parametri di giudizio, il valore da attribuire a ciascuno di essi varia necessariamente in funzione dell'attività esercitata.

Secondo l'impostazione delineata dai giudici comunitari, la qualificazione come trasferimento di azienda nel caso di cambio di appalto necessita dell'approfondimento di elementi che il giudice nazionale è tenuto a valutare nel loro complesso, e non isolatamente, sulla base di criteri elaborati dalla Corte di Giustizia (sent. 7.8.2018, C-472/16, *Corte superiore di giustizia di Castiglia e León – Spagna*).

Orbene, entrando nel merito del caso oggetto della pronuncia in commento, nell'ipotesi di un appalto avente a oggetto la fornitura di un servizio di trasporto pubblico, l'eventuale cessione dal vecchio al nuovo appaltatore dei mezzi di esercizio costituiti dagli autobus rappresenta senza dubbio un importante parametro di giudizio per determinare la qualificazione di trasferimento d'impresa. Tuttavia, a parere della Corte di Giustizia, è fondamentale che il giudice valuti detta circostanza alla stregua

anche degli altri elementi inerenti al procedimento. Nel caso *de quo*, il nuovo appaltatore non acquista i mezzi di esercizio per ragioni dettate da vincoli esterni, derivanti dalla circostanza che il parco autobus preesistente fosse pressoché inutilizzabile per l'esercizio del nuovo appalto, in quanto non conforme alle norme tecniche e ambientali imposte dall'amministrazione aggiudicatrice. Tanto è vero che anche l'impresa uscente avrebbe dovuto procedere alla sostituzione dei propri mezzi di trasporto, se avesse presentato offerta per il nuovo appalto.

Il mancato trasferimento del parco autobus non esclude il trasferimento di impresa: la sostanziale identità fra le attività oggetto di appalto, unita alla riassunzione di una parte sostanziale del personale e alla prosecuzione senza soluzione di continuità dell'attività economica considerata, consentono alla Corte di affermare che l'entità economica trasferita conserva la propria identità. La contemporanea presenza dei suddetti requisiti consente al nuovo imprenditore di acquisire l'insieme organizzativo e di proseguire le attività dell'impresa ceduta senza alcuna interruzione. La riconduzione della fattispecie concreta alla disciplina del trasferimento d'azienda consente di tutelare i lavoratori coinvolti nell'operazione di cambio di appalto, assicurando la continuità senza modifiche dei rapporti di lavoro esistenti nell'ambito di un'entità economica, a prescindere da un cambiamento dell'imprenditore (Per un approfondimento, vd. Santoro Passarelli 2004, 15; Bavaro 2006, 223; Cosio 2011, 172).

3. — Sul piano del diritto interno, l'art. 30, l. 7.2.2016, n. 122, modifica – con effetto dal 23.7.2016 – i contenuti dell'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, che disciplina la successione degli appalti nei servizi. Detta modifica consegue a una procedura preventiva a quella di infrazione (fascicolo *EU Pilot*, n. 7622/15/EMPL) avviata da parte della Commissione europea nei confronti dello Stato italiano, che ha ritenuto l'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276, in contrasto con la Direttiva n. 2001/23 in quanto restrittivo dell'ambito di applicazione delle regole sul trasferimento di azienda a norma dell'art. 2112 c.c. (Cosattini 2016, 953; Massi 2016, 2486; Carinci, Avogaro 2017, 412; Sitzia 2017, 537; Cordella 2017, 1172). Il testo originario dell'art. 29, c. 3, dispone che l'acquisizione del personale impiegato nell'appalto a seguito del subentro di un nuovo appaltatore non costituisce trasferimento di azienda (Speziale 2006, 24; Valente 2008, 694; Cester 2004, 250). Dopo la novella legislativa, la norma dispone che l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto da parte dell'appaltatore subentrante di regola costituisce trasferimento di azienda a norma dell'art. 2112 c.c., salvo che ricorrono due elementi: la dotazione da parte del nuovo appaltatore di una propria struttura organizzativa e operativa; la presenza di elementi di discontinuità tali da determinare una specifica identità di impresa. La nuova formulazione della norma individua, *a contrario*, i presupposti che devono contemporaneamente sussistere affinché l'acquisizione di personale non costituisca trasferimento di azienda (Ariola 2017, 226).

È compito del giudice verificare la sussistenza di questi elementi nel singolo caso concreto per escludere il trasferimento di impresa (Sforza 2017, 426).

In conclusione è utile evidenziare come il subentro nell'appalto non sia di per sé sufficiente a configurare un trasferimento di impresa a norma dell'articolo 2112 c.c.; il trasferimento di azienda è, difatti, configurabile soltanto nell'ipotesi che vi sia «un passaggio di beni di non trascurabile entità, che devono essere trasferiti non nella loro autonoma

individualità, ma nella loro funzione unitaria e strumentale in quanto destinati all'esercizio di impresa» (*Ex multis*: Cass. 29.3.2019, n. 8922, in *RIDL*, 2019, II, 473 ss.; Cass. 15.3.2017, n. 6770, *ivi*, 2017, II, 613 ss.; Cass. 19.5.2017, n. 12720, e Cass. 6.12.2016, n. 24972, in *FI*, 2017, I, 140 ss.; Cass. 19.1.2017, n. 1316, in *Rivista del Notariato*, 2017, n. 2, II, 319 ss.; Cass. 10.11.2016, n. 2295, in *GDir.*, 2016; Cass. 28.10.2013, n. 22627, in *GDir.*, 2013, n. 1, 43 ss. Per la giurisprudenza di merito, si vd. T. Firenze 17.10.2014, in *ADL*, 2015, III, 473 ss. Per un approfondimento, si vd.: Scarpelli 2004, 250; Inglese 2012, 250; Boghetich 2017; Alvino 2018, 47; Cosattini 2018, 36).

La fattispecie del trasferimento di azienda a norma dell'articolo 2112 c.c. può verificarsi anche nell'ipotesi in cui il passaggio da un imprenditore a un altro non riguardi beni materiali e abbia a oggetto soltanto il personale addetto all'esecuzione del servizio, laddove ciò consenta al nuovo appaltatore di proseguire lo svolgimento dell'attività di servizio (T. Milano 23.6.2017, in *RIDL*, 2018, n. 1, II, 31 ss.; T. Roma 26.9.2017, in q. *Riv.*, 2017, n. 1, II, 122 ss.; T. Pavia 10.9.2019, in *RIDL*, 2020, II, 127 ss.). Tuttavia, la mera assunzione di tutto o di parte del personale impiegato dal precedente appaltatore non è da sola sufficiente a rendere applicabile l'articolo 2112 c.c., essendo necessario che i lavoratori assunti dal nuovo appaltatore siano stabilmente coordinati e organizzati tra loro in modo da poter essere considerati come gruppo dotato di un'autonoma capacità operativa (Cass. 6.12.2016, n. 24972, in *ilgiuslavorista.it*, 2017).

L'indagine va compiuta valutando caso per caso il concreto rilievo da attribuire a ciascuno degli elementi sopra rilevati al fine di accertare se l'entità economica conservi o no la propria identità a prescindere dal cambio dell'appaltatore (Cass. 19.5.2017, n. 12720, cit.).

Lo strumento giuridico impiegato per realizzare una successione nella titolarità dell'attività economica non è rilevante (*Ex multis*, Cass. 16.5.2013, n. 11918, inedita a quanto consta): concretizza un trasferimento di impresa la successione di appalto che conservi l'identità dell'entità economica trasferita, pur in assenza di trasferimento di beni materiali e laddove si determini l'assunzione di una parte sostanziale del personale impegnato nelle attività oggetto di appalto.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2018), *Il trasferimento di azienda*, in Aa.Vv., *Vicende ed estinzione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 47 ss.
- Ariola L. (2017), *Subentro nell'appalto labour intensive e trasferimento di azienda*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro*, vol. II, 226 ss.
- Bavaro V. (2006), *Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 223 ss.
- Boghetich E. (2017), *Art. 2112 c.c.*, in G. Amoroso et al. (a cura di), *Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, I, 1174 ss.
- Braico G. (2017), *I diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di impresa nelle sentenze della Corte di Giustizia*, in *LG*, n. 7, 712 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 q. *Riv.*, I, 412 ss.

- Cester C. (2004), *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in M.T. Carinci, C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Giuffrè, Milano.
- Cordella C. (2017), *La successione dell'appalto tra licenziamento applicabile e trasferimento di azienda*, in *GI*, 1172 ss.
- Cosattini L.A. (2016), *Cambio appalto e trasferimento d'azienda: un intervento normativo poco meditato*, in *LG*, n. 11, 953 ss.
- Cosattini L.A. (2018), *Successione negli appalti, cambia la legge ma non la sostanza: decisive l'identità e la continuità di gestione*, in *RIDL*, II, 31 ss.
- Cosio R. (2011), *La distinzione tra appalto e trasferimento d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, in *MGL*, 172 ss.
- Inglese I. (2012), *Trasporto pubblico: subentro e trasferimento d'azienda*, in *DPL*, n. 4, 250 ss.
- Massi E. (2016), *Cambio di appalto: le nuove norme*, in *DPL*, n. 42, 2486 ss.
- Santoro Passarelli G. (2004), *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori*, in Aa.Vv., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 15 ss.
- Scarpelli F. (2004), *Art. 29*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 439 ss.
- Sforza G. (2017), *Successione di appalti, tutela dei lavoratori, deroghe alla l. n. 223/1991*, in q. *Riv.*, II, 426 ss.
- Sitzia A. (2017), *Il «subentro» del nuovo appaltatore dopo la «Legge europea» 2015-2016*, in *LG*, 537 ss.
- Speziale V. (2006), *Appalti e trasferimento di azienda*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 41, 1 ss.
- Valente L. (2008), *Appalto, trasferimento d'azienda e contratto di inserimento per sole donne: un esempio, mal riuscito, di law shopping?*, in q. *Riv.*, II, 694 ss.

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

CORTE DI GIUSTIZIA, 19.11.2019, C-609/17 e C-610/17, Grande S. –
Avv. Gen. Bolt – TSN ry c. H.I. e A.K.T. ry c. S. ry.

Ferie – Art. 7, Direttiva n. 2003/88 – Art. 153 TfUe – Art. 31, par. 2, CdfUe – Art. 51, par. 1, CdfUe – Art. 36 Cost. – Art. 2109 c.c. – D.lgs. n. 66/2003 – Convenzione Oil n. 132/70 – D.lgs. n. 213/2004 – Diritto alle ferie – Congedo di malattia.

L'art. 7, par. 1, Direttiva n. 2003/88, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro dev'essere interpretato nel senso che esso non osti a normative nazionali e a contratti collettivi che prevedono la concessione di giorni di ferie annuali retribuite eccedenti il periodo minimo di quattro settimane previsto da tale disposizione, escludendo nel contempo il riporto, a causa di malattia, di detti giorni di ferie. L'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, letto in combinato disposto con l'art. 51, par. 1, di quest'ultima, dev'essere interpretato nel senso che esso non è destinato ad applicarsi in presenza di tali normative nazionali e di tali contratti collettivi. (1)

(1) LA MALATTIA INSORTA DURANTE LE FERIE
NON COMPORTA SEMPRE IL DIRITTO AL RIPORTO

1. — La Corte di Giustizia, riunita in Grande Sezione, si occupa del diritto di godere per riporto delle ferie maturate, soprattutto nel caso in cui il godimento venga sospeso dal verificarsi di uno stato di malattia che colpisca il lavoratore per tutta la durata o per parte delle ferie stesse.

Prima di entrare nello specifico, va ricordato che la fattispecie *de qua* rientra negli artt. 7, par. 1, della Direttiva n. 2003/88 e 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (da ora in poi, CdfUe). L'art. 7, par. 1, stabilisce che gli Stati membri devono adottare le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane, in base alle condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali (C. Giust. 22.5.2014, C-539/12, *L.*; C. Giust. 10.9.2009, C-277/08, *P.*); allo stesso modo l'art. 31, par. 2, prevede che ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite.

Fatte queste premesse, il caso di specie attiene all'eventuale contrasto fra il diritto finlandese e quello dell'Ue, in quanto le norme pattizie del diritto nazionale concedono un periodo di ferie annuali retribuite più lungo di quello previsto dalla legge (in attuazione dell'art. 7 della Direttiva n. 2003/88).

I giudici di Lussemburgo hanno perciò focalizzato la loro attenzione, preliminarmente, sull'art. 25, par. 1, della legge sulle ferie annuali, nella versione modificata dalla l. n. 276/2013 (in vigore fino al 31.3.2016), la quale sanciva la possibilità per il lavoratore di richiedere il godimento delle ferie, tramite riporto, in un momento successivo nel caso in cui lo stesso lavoratore avesse subito una sospensione del rapporto di lavoro per maternità, malattia o infortunio.

Nel par. 2 dello stesso art. 25, modificato dalla l. n. 182/2016 (entrata in vigore il 1.4.2016), si prevede che, in caso di inabilità al lavoro per parto, malattia o infortunio iniziati durante le ferie annuali o parte di esse, il lavoratore, laddove presenti esplicitamente richiesta, ha diritto al riporto dei giorni di inabilità al lavoro ricadenti nel periodo di ferie annuali, a patto che superino i sei giorni e senza che il mancato riporto dei giorni citati possa ridurre il diritto minimo del lavoratore a quattro settimane di ferie annuali.

Il caso *de quo* riguarda il giudizio in due cause riunite, poiché entrambe attinenti al diritto nazionale finlandese in merito all'interpretazione e/o alla compatibilità con l'art. 7 della Direttiva n. 2003/88 oltre che con l'art. 31, par. 2, della CdFUE, a seguito del diniego di concedere a due lavoratori, divenuti inabili al lavoro a causa di malattia durante un periodo di ferie, il riporto di ferie annuali retribuite che corrispondevano a tutto o a una parte dei giorni del congedo per malattia.

L'art. 15 della Direttiva n. 2003/88 non esclude la facoltà degli Stati membri di applicare disposizioni più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, o di favorire o consentire l'applicazione di contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali tesi al cd. «*favor praestatoris*» attraverso il diritto interno, come avviene negli ordinamenti finlandese e italiano, che spesso utilizzano gli interventi che attribuiscono una posizione di vantaggio verso gli interessi individuali meritevoli di tutela.

Va quindi verificato se tale trattamento di miglior favore possa o meno ledere il diritto al riporto dei giorni di ferie coincidenti con periodi di malattia o se sia o meno in conflitto con il contenuto della Direttiva n. 2003/88.

In ragione delle considerazioni sin qui svolte è opportuno sottolineare come la direttiva in discorso racchiuda al suo interno tanto la cd. «clausola di salvaguardia» delle condizioni di miglior favore, quanto quella «di non regressione», secondo cui l'attuazione della direttiva medesima non può giustificare l'abbassamento del livello di protezione generale dei lavoratori (Filì 2018, 287).

Nel primo dei due casi esaminati dalla Corte (C-609/17), sulla base del contratto collettivo per il settore sanitario, la lavoratrice aveva maturato il diritto a 42 giorni lavorativi di ferie retribuite, di cui 6 richiesti per riporto a causa di un intervento chirurgico cui la stessa si era sottoposta e che il datore di lavoro aveva riconosciuto al 33% in applicazione della normativa di legge vigente e non del contratto collettivo. Di qui la richiesta del giudice del rinvio attinente all'eventuale contrasto della legge sulle ferie finlandese con l'art. 7 della Direttiva n. 2003/88, oltre che con l'art. 31, par. 2, della CdFUE, in quanto non garantirebbe il riporto di tutte le ferie, ma solo, segnatamente a causa di malattia, delle ferie garantite dalla legge e non di quelle maturate e concesse in base ai contratti collettivi. Inoltre, è da verificare se i contratti collettivi, come nel caso *de quo*, siano conformi alle stesse disposizioni della direttiva, con conseguente efficacia diretta orizzontale dell'art. 31, par. 2, della CdFUE nella controversia e, soprattutto, nell'ambito di un rapporto di lavoro tra privati.

Nel secondo caso sottoposto ai giudici di Lussemburgo (C-610/17), il lavoratore, in forza del contratto collettivo per il settore del trasporto merci marittimo, aveva maturato 30 giorni lavorativi di ferie, ossia cinque settimane, ma, subito dopo l'inizio del periodo di riposo, si era ammalato ottenendo dal medico un congedo di malattia di sei giorni, il cui riporto veniva negato dal datore.

Nel secondo caso, quindi, si deve affrontare l'eventuale contrasto dell'art. 25, par. 2, nella versione 2016, secondo quanto stabilito dal contratto collettivo, per il settore del trasporto merci marittimo, all'art. 10, parr. 1-2, con l'art. 7 della Direttiva n. 2003/88 oltre che con l'art. 31, par. 2, della CdFUE, per le motivazioni sopra riportate. Come sostenuto in diverse occasioni dalla giurisprudenza Ue (C. Giust. 20.7.2016, C-341/15, *M.*; C. Giust. 13.12.2018, C-385/17, *H.*), il diritto nazionale può riconoscere un numero di ferie annuali retribuite superiore alle quattro settimane previste dalla direttiva, e ciò anche in virtù degli artt. 7 e 15 di quest'ultima, che fissa le prescrizioni minime di sicurezza e tutela in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, confermate dall'orientamento prevalente (C. Giust. 3.5.2012, C-337/10, *N.*; C. Giust. 13.12.2018, C-385/17, *H.*).

Si può senza dubbio affermare, quindi, che la giurisprudenza europea consolidata ritenga, in maniera chiara, che il diritto nazionale è obbligato a uniformarsi alle misure imposte dall'Ue, ma, una volta raggiunto lo standard di tutele minimo previsto, il diritto nazionale può regolamentare le disposizioni più favorevoli che intende concedere (C. Giust. 13.12.2018, C-385/17, *H.*; C. Giust. 10.7.2014, C-198/13, *J.H. e a.*). In ragione della clausola di salvaguardia, però, la regolamentazione delle disposizioni più favorevoli non può essere utilizzata come pretesto per ridurre un'altra eventuale tutela minima garantita.

Proprio per questo si può dedurre che i singoli Stati membri, nel rispetto della tutela minima garantita, hanno la facoltà di legiferare in maniera autonoma sulle eccezioni e, quindi, l'art. 7 della Direttiva n. 2003/88 non ostacola la creazione, all'interno degli ordinamenti nazionali, di norme di legge o pattizie che prevedano la concessione di giorni di ferie annuali retribuite che superino le quattro settimane o che escludano il riporto, a causa di malattia, di detti giorni di ferie. E ciò a patto che il riporto non serva a salvaguardare il periodo minimo di quattro settimane; cosa che non si verifica nel caso in esame.

Il combinato disposto degli artt. 31, par. 2, e 51 della CdFUE stabilisce che le suddette previsioni in materia di ferie si attuino nei confronti di tutti gli Stati membri nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione, mentre la giurisprudenza della Corte di Giustizia afferma come non sia plausibile sostenere l'applicabilità della CdFUE nei confronti di tutti gli Stati membri ogni qualvolta, come nel caso di specie, regolamentino materie in settori di competenza dell'Ue (C. Giust. 10.7.2014, C-198/13, *J.H. e a.*). La Direttiva n. 2003/88 e le previsioni dell'art. 7 si fondano sull'art. 153, par. 2, TfUE e, quindi, le prescrizioni minime garantite vanno interpretate in base al par. 4 dello stesso art. 153. Dette prescrizioni, infatti, non impediscono a uno Stato membro di prevedere misure relative a una maggiore protezione e, di conseguenza, esso Stato resta libero di adottare norme più rigorose di quelle previste dall'Unione, purché esse non pregiudichino la tutela delle prescrizioni minime (C. Giust. 17.12.1998, C-2/97, *S.I.P.*).

Nel caso *de quo*, il diritto finlandese, che ammette un periodo di ferie superiore al minimo previsto dalla Direttiva n. 2003/88 ma non prevede il riporto di tali giorni di ferie eccedenti il periodo di quattro settimane se perduti a causa della malattia, a giudizio della Corte europea non compromette o limita la tutela minima garantita ai lavoratori, né tanto meno compromette la coerenza o gli obiettivi prefissati dalla direttiva di riferimento. Per questo motivo, quindi, laddove gli Stati membri concedano diritti eccedenti le prescrizioni minime, essi dovranno amministrare la relativa regola-

mentazione legislativa senza che sia necessario ricorrere alla regolamentazione prevista dalla direttiva, in ragione degli effetti migliorativi che produce.

Rimanendo, quindi, al di fuori del combinato disposto di cui all'art. 31, par. 2, e all'art. 51, par. 1, CdfUe, l'ipotesi giuridica non andrà valutata alla luce delle previsioni relative alla Carta dei diritti medesima (C. Giust. 14.12.2017, C-243/16, *M.C. e a.*; C. Giust. 19.4.2018, C-152/17, *C. I.M.C.*).

Interpretando le argomentazioni logico-giuridiche della Corte, è possibile sostenere, *a contrario*, che la stessa stabilisca un principio di riporto obbligatorio delle ferie entro il periodo minimo garantito delle quattro settimane.

Questa argomentazione appare sostenuta anche dalla giurisprudenza precedente della Corte, la quale stabilisce come la Direttiva n. 2003/88 non consente agli Stati membri di: vietare la nascita del diritto alle ferie annuali retribuite; estinguere entro la scadenza del periodo di riferimento – e/o eventualmente del periodo di riporto nazionale – la possibilità di esercitare tale diritto, che è stato impedito al lavoratore (C. Giust. 29.11.2017, C-214/16, *C.K. e R.D.*; C. Giust. 20.1.2009, C-350/06, *G.S.H. e D.R.*, e C-520/06, *S. e HMR*).

Inoltre, la giurisprudenza della stessa Corte ha previsto che, nel caso in cui un lavoratore sia inabile al lavoro per diversi periodi di riferimento consecutivi, l'art. 7 della suddetta Direttiva non preclude la possibilità di prevedere, con norme nazionali, la facoltà di riporto di quindici mesi allo scadere dei quali il diritto alle ferie annuali retribuite si estingue (C. Giust. 22.11.2011, C-214/10, *KHS e W.S.*; Buoso 2018, 402).

Nel diritto italiano, le ferie regolamentate dall'art. 36, c. 3, Cost., dall'art. 2109 c.c. e dall'art. 10 del d.lgs. n. 66/2003 (di attuazione della Direttiva n. 2003/88) rappresentano un diritto irrinunciabile del lavoratore, in quanto funzionali al ripristino di energie fisiche e morali del lavoratore (Sandulli 1968, 180).

Abitualmente, nell'ordinamento italiano, la durata delle ferie viene stabilita dalla contrattazione collettiva prevedendo periodi di ferie superiori rispetto alle quattro settimane spettanti in base al d.lgs. n. 66/2003 attuativo della direttiva europea.

In seguito a una importantissima pronuncia della Corte costituzionale, è stato dichiarato illegittimo l'art. 2109 c.c. nella parte in cui non prevedeva che la malattia, manifestarsi nel periodo di godimento delle ferie, ne sospendesse il decorso (C. cost. 30.12.1987, n. 616, in q. *Riv.*, 1987, II, 345 ss.), soprattutto in virtù del contrasto esplicito con l'art. 6, c. 1 e c. 2, della Convenzione Oil n. 132/1970, la quale vieta la sovrapposizione del periodo delle ferie con periodi di astensione dal lavoro per altro titolo.

La dottrina in proposito, sintomaticamente con l'orientamento da ultimo richiamato, ha anche precisato che l'eventuale sospensione delle ferie determinata da malattia consentirebbe la possibilità di trasferire le ferie non godute anche oltre l'anno di maturazione (Roccella 2005, 300; Leccese 2001, 320).

Alla luce delle suddette considerazioni, risultano evidenti le interazioni e le convergenze tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia, compreso l'epilogo *de quo*, e gli ordinamenti italiano e finlandese, per cui, qualora uno Stato concedesse condizioni migliori, il diritto eccedente non costituirebbe un *vulnus* all'effettività del diritto dell'Unione, salvo diversa ed esplicita regolamentazione. Di conseguenza, non è previsto un diritto al riporto di giorni di ferie eccedenti il periodo di quattro settimane se perduti a causa della malattia, ma è considerato obbligatorio il riporto delle ferie – non godute – entro il periodo minimo delle quattro settimane.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2002), *Artt. 2109 – Periodo di riposo*, in P. Cendon (diretto da), *Commentario al codice civile, Aggiornamento 1991-2001*, III, Utet, Torino, 191 ss.
- Bellomo S. (2017), *Orario di lavoro, riposi, ferie: i principi costituzionali, la normativa europea ed il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8.4.2003, n. 66*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 1128 ss.
- Buoncristiano M. (1986), *Il tempo nella prestazione di lavoro subordinato*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, 549 ss.
- Buoso S. (2018), *Cumulo e riporto delle ferie non godute al termine del rapporto, precisazioni dalla Corte di Giustizia*, in *RIDL*, n. 2, II, 402 ss.
- Fili V. (2018), *L'organizzazione del lavoro*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 287 ss.
- Ichino P. (1987), *L'orario di lavoro e i riposi*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario, sub artt. 2107-2109*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P., Rucci C. (1991), voce *Ferie*, *DDPComm.*, IV ed., vol. VI, Utet.
- Ichino P., Valente L. (2012), *L'orario di lavoro e i riposi*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Artt. 2107-2109, Giuffrè, Milano.
- Leccese V. (2001), *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari.
- Roccella M. (2005), *Manuale di Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Sandulli P. (1968), voce *Ferie dei lavoratori*, in *ED Varese*, XVII, Milano.

Dario Calderara

*Professore a contratto di Diritto del lavoro
presso l'Università telematica Niccolò Cusano.
Dottore di ricerca presso la «Sapienza» Università di Roma*

CORTE DI GIUSTIZIA, 14.5.2019, C-55/18, Grande S. – Avv. Gen. Pitrizzella – Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CcOo) c. Deutsche Bank Sae, con l'intervento di: Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (Fes-Ugt), Confederación General del Trabajo (Cgt), Confederación Solidaridad de Trabajadores Vascos (Ela), Confederación Intersindical Galega (Cig).

Orario di lavoro – Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori – Art. 31, par. 2, CdfUe – Direttiva n. 2003/88 – Artt. 3 e 5 – Riposo giornaliero e settimanale – Art. 6 – Durata massima dell'orario settimanale di lavoro – Direttiva n. 89/391 – Obbligo di istituire un sistema che consente la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore.

Gli artt. 3, 5 e 6 della Direttiva n. 2003/88 (concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro), letti alla luce dell'art. 31, par. 2, della CdfUe, e dell'art. 4, par. 1, dell'art. 11, par. 3 e dell'art. 16, par. 3, della Direttiva n. 89/391 (concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro), devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa di uno Stato membro che, secondo l'interpretazione che ne è data dalla giurisprudenza nazionale, non impone ai datori di lavoro l'obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore. (1)

**(1) LAVORO AGILE E MISURAZIONE DELLA DURATA
DELL'ORARIO PER FINALITÀ DI TUTELA DELLA SALUTE**

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'approccio teleologico nell'interpretazione della direttiva in materia di organizzazione dell'orario di lavoro e la specifica questione della misurazione dell'orario. — 3. Le diverse modalità di misurazione dell'orario e i problemi connessi alla tutela dei dati personali e ai costi per le imprese: la prevalenza delle finalità protettive. — 4. Obbligo di misurazione e ordinamento italiano: alcune implicazioni generali della sentenza. — 5. Il contributo della sentenza alla riflessione in materia di misurazione del lavoro agile. — 5.1. Lavoratori (agili e non) per i quali non operano le tutele e, quindi, l'obbligo di misurazione: tra libera determinazione della collocazione della prestazione e autodeterminazione della sua durata.

1. — *Premessa* — La Corte di Giustizia, con la sentenza del 14.5.2019 (resa nella causa C-55/18), prosegue nella propria opera di consolidamento della funzione protettiva assolta dalla disciplina europea in materia di organizzazione dell'orario di lavoro.

ro (Direttiva n. 2003/88, di codificazione della Direttiva n. 93/104, come modificata dalla Direttiva n. 2000/34) (1).

La pronuncia, al di là della rilevanza generale delle conclusioni raggiunte, offre un'eccellente occasione per sciogliere un equivoco in cui talora si incorre allorché si dibatte, anche nella riflessione giuridica, di lavoro agile: la presunta inconciliabilità tra il ricorso allo strumento e la misurazione dell'orario di lavoro.

Sulla questione si tornerà nella seconda parte della nostra analisi, non prima di aver dedicato alcune riflessioni all'approccio teleologico utilizzato nella giurisprudenza della Corte in materia di orario di lavoro e agli aspetti salienti della pronuncia in commento.

2. — *L'approccio teleologico nell'interpretazione della direttiva in materia di organizzazione dell'orario di lavoro e la specifica questione della misurazione dell'orario* — Com'è noto, dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue emerge come «la Direttiva n. 2003/88 intend[a] fissare prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori mediante il ravvicinamento delle normative nazionali riguardanti, in particolare, la durata dell'orario di lavoro. Tale armonizzazione a livello dell'Unione in materia di organizzazione dell'orario di lavoro è intesa a garantire una migliore protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, facendo godere a questi ultimi periodi minimi di riposo — in particolare giornaliero e settimanale — e periodi di pausa adeguati e prevedendo un limite massimo per la durata settimanale del lavoro» (2).

Questa *ratio* protettiva ha costituito il faro che ha costantemente guidato la Corte, non solo allorché si è trattato di risolvere questioni relative a previsioni che presentano rilevanti differenze linguistiche tra le diverse versioni nazionali (si pensi alla nozione di orario e riposo) (3), ma in tutta la propria opera interpretativa relativa alla Direttiva n. 2003/88 e, prima di essa, alla Direttiva n. 93/104.

L'approccio teleologico, inoltre, è da qualche tempo rafforzato dal richiamo, ormai presente in quasi tutte le pronunce in materia, all'art. 31, par. 2, della CdflUe, il quale prevede che «ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite». Alla luce di questa previsione — cui va riconosciuto, ai sensi dell'art. 6, par. 1, del Trattato Ue, il medesimo valore giuridico dei Trattati — vanno infatti interpretate le clausole della Direttiva n. 2003/88 che precisano il diritto fondamentale in essa sancito (4).

Ebbene, dalla sentenza del 14.5.2019 si ricava ulteriore conferma del rilievo che in questa materia assume l'approccio teleologico. Nella pronuncia, in particolare, la Corte non si occupa di una specifica clausola della Direttiva n. 2003/88, ma risolve una questione che attiene alla stessa essenza della tutela (o, se si preferisce, al rispetto del «contenuto essenziale» del diritto fondamentale in questione) (5): quella della misurazione dei tempi di lavoro.

(1) Per l'attuazione nel nostro ordinamento, vd. il d.lgs. n. 66/2003.

(2) Il virgolettato è tratto da C. Giust. 14.10.2010, C-243/09, *Fujf*, punto 32; ma vd. anche le pronunce, precedenti e successive, richiamate ai punti 36 ss. della sentenza in commento.

(3) Tra le più recenti, vd. C. Giust. 21.2.2018, C-518/15, *Matzak*, ove richiami ai precedenti, tra i quali spec. C. Giust. 9.9.2003, C-151/02, *Jaeger*.

(4) Vd., tra le altre, le pronunce citate nei punti 30 ss. della sentenza in commento.

(5) Cfr. art. 52, par. 1, CdflUe.

Va rammentato, preliminarmente, che la Direttiva n. 2003/88 non contiene un'espressa previsione in tal senso. Né in essa si fa riferimento, a differenza di quanto accade in altri strumenti del diritto dell'Unione, a specifici obblighi relativi alla tenuta di registri nella materia da essa disciplinata (6), se si eccettuano quelli attivati in caso di ricorso dello Stato membro a una delle clausole di parziale *opting out* contenute nella direttiva: la clausola, cioè, che attribuisce agli Stati membri la facoltà di non applicare la disciplina sulla durata massima dell'orario di lavoro settimanale, a certe condizioni e con specifiche cautele; tra queste ultime, in particolare, vi è quella che attiene alla tenuta, da parte del datore di lavoro, di registri aggiornati di tutti i lavoratori cui si applica la deroga, che vanno messi a disposizione dell'autorità competente (7).

Ciò nonostante, l'approdo cui giunge la Corte è nel senso di ritenere la misurazione dell'orario indispensabile al fine di garantire il perseguitamento delle finalità della direttiva (consistenti, appunto, nell'assicurare un'efficace protezione delle condizioni di vita e lavoro dei lavoratori e una migliore tutela della loro salute e sicurezza).

L'argomentazione della Corte, che riprende a larghi tratti le conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella, è chiara: gli Stati membri dispongono certamente di un potere discrezionale nella scelta delle «misure necessarie» ad assicurare il rispetto dei periodi minimi di riposo giornaliero e settimanale e dei tetti di durata settimanale previsti dalla Direttiva n. 2003/88; cionondimeno, tenuto conto delle finalità di quest'ultima, le modalità prescelte «non devono essere tali da svuotare di contenuto i diritti sanciti all'art. 31, par. 2, della Carta, agli artt. 3 e 5 e all'art. 6, lett. b, della direttiva in parola» (8).

Al fine di garantire che l'effetto utile di tali diritti sia integralmente assicurato è necessario, in particolare, che lo Stato membro «preveda l'obbligo di ricorrere a uno strumento che consente di stabilire con oggettività e affidabilità il numero di ore di lavoro giornaliero e settimanale». Solo in tal modo, infatti, può essere assicurata, non solo ai datori di lavoro e ai lavoratori, ma anche agli organi ispettivi, la verifica dell'effettivo rispetto di quei diritti (9).

La conclusione, basata su un'argomentazione di per sé risolutiva, è ulteriormente supportata dall'osservazione delle previsioni della Direttiva n. 89/391, le cui disposizioni si applicano pienamente anche alle materie contemplate dalla Direttiva n. 2003/88 (10), fatte salve le disposizioni più vincolanti e/o specifiche contenute in quest'ultima (11).

(6) Vd. invece, nel settore dei trasporti, l'art. 9, lett. b, Direttiva n. 2002/15 (orario di lavoro nelle operazioni mobili di autotrasporto), e la clausola 12 dell'allegato alla Direttiva n. 2014/112 (che attua l'Accordo europeo concernente l'organizzazione dell'orario nel trasporto per vie navigabili interne); queste previsioni sono richiamate dalla sentenza in commento (punti 64-65), ma al solo fine di chiarire che l'espresso obbligo di registrazione dell'orario di lavoro dei lavoratori interessati non può incidere sulla decisione relativa alla questione della misurazione dell'orario nel quadro della Direttiva n. 2003/88.

(7) Per questa deroga all'art. 6, vd. l'art. 22 della Direttiva n. 2003/88.

(8) Vd., spec., i punti 40-43 della sentenza.

(9) Punti 48-50 e 57-60 della sentenza.

(10) Tali materie sono elencate nell'art. 1, par. 2, Direttiva n. 2003/88: periodi minimi di riposo giornaliero, riposo settimanale e ferie annuali; pausa; durata massima settimanale del lavoro; taluni aspetti del lavoro notturno, del lavoro a turni e del ritmo di lavoro.

(11) Così l'art. 1, par. 4, Direttiva n. 2003/88. Vd. anche art. 16, par. 3, Direttiva n. 89/391.

Come osserva la Corte, infatti, «l'instaurazione di un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro» è necessario anche per consentire ai rappresentanti dei lavoratori aventi funzioni in materia di salute e sicurezza di esercitare il proprio diritto di chiedere al datore di lavoro di assumere le misure opportune e di presentargli proposte, al fine di ridurre qualsiasi rischio per i lavoratori e/o di eliminare le cause di pericolo (12).

3. — *Le diverse modalità di misurazione dell'orario e i problemi connessi alla tutela dei dati personali e ai costi per le imprese: la prevalenza delle finalità protettive* — L'esito interpretativo, d'altra parte, non può essere minato né dalla considerazione del rischio, connesso con la misurazione dell'orario, di un'ingerenza ingiustificata del datore di lavoro nella vita privata dei lavoratori, né dal timore degli ostacoli pratici che quella misurazione può creare alle imprese sul piano dei costi.

Al primo aspetto la Corte dedica un fugace cenno in sede di descrizione delle vicende del procedimento principale e delle questioni pregiudiziali (13) e, forse, un riferimento implicito nella parte in cui richiama — sia pure ad altro proposito — un proprio precedente (14), oculatamente enfatizzato, invece, dall'Avv. Gen. Pitruzzella nelle proprie conclusioni.

In quel precedente, infatti, non si smentisce affatto che un registro contenente l'indicazione dell'ora di inizio e fine dell'attività lavorativa del singolo, nonché delle relative interruzioni o pause, rientri nella nozione di «dati personali» ai sensi del diritto dell'Unione. Ciò che la Corte nega, invece, è che l'obbligo di mettere il registro dell'orario di lavoro a disposizione dell'autorità nazionale competente in materia di vigilanza sulle condizioni di lavoro, al fine di consentirne la consultazione immediata, sia «nella pratica incompatibile con l'obbligo di realizzare un sistema di protezione adeguato dei dati personali contenuti in detto registro»; e infatti grava pur sempre sul responsabile del trattamento di dati personali l'obbligo di adottare «le misure tecniche e organizzative necessarie per garantire che unicamente persone debitamente autorizzate ad accedere ai dati personali interessati possano legittimamente rispondere a una domanda di accesso proveniente da un terzo» (15). Ne deriva, dunque, che le esigenze di protezione dei dati del lavoratore, lungi dal costituire ostacolo alla misurazione dei tempi di lavoro per le finalità di tutela del diritto ai riposi e al contenimento della durata massima del lavoro, comportano per il datore di lavoro l'obbligo di «fare un uso legittimo dei dati disponibili nel registro, consentendone l'accesso solo a soggetti che abbiano un interesse qualificato» (16).

Per quanto attiene al secondo ordine di impedimenti (connessi ai costi per le imprese derivanti dall'adozione di strumenti idonei di misurazione), l'oculata considerazione delle finalità della regolamentazione europea induce la Corte a confermare per

(12) Punti 61 s. della sentenza, nel richiamare l'art. 11, par. 3, Direttiva n. 89/391.

(13) Punto 25.

(14) C. Giust. 30.5.2013, C-342/12, *Worten*, il cui punto 37 è richiamato dalla Corte (al punto 57 della sentenza) solo a proposito dell'utilità della registrazione dell'orario per l'assolvimento dei compiti degli organi nazionali di controllo.

(15) C. Giust. *Worten*, cit., punti 27-28 e 45.

(16) Così l'Avv. Gen., ai punti 78 e 79 delle proprie conclusioni.

l'ennesima volta che, come risulta dal Considerando n. 4 della Direttiva n. 2003/88, la protezione efficace della sicurezza e della salute dei lavoratori non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico (17).

Del resto, l'affermazione di principio non impedisce a ciascuno Stato membro di stabilire le concrete modalità di attuazione del sistema di misurazione, tenendo eventualmente conto delle specificità dei diversi settori di attività e delle particolarità di talune imprese, con particolare riferimento alle loro dimensioni (18); modalità che, nella visione dell'Avvocato Generale, richiamata espressamente dalla Corte, possono consistere in una pluralità di strumenti, quali registri cartacei, applicazioni informatiche, *badge* elettronici, purché, comunque, il sistema di rilevazione adottato sia idoneo a garantire l'effetto utile della Direttiva n. 2003/88 e l'effettività dei diritti da essa riconosciuti (19).

4. — Obbligo di misurazione e ordinamento italiano: alcune implicazioni generali della sentenza — La sentenza è importante perché dall'applicazione concreta del principio in essa affermato possono derivare numerose conseguenze pratiche anche su piani diversi da quello, di per sé rilevantissimo, della verifica dell'effettivo rispetto delle tutelle sancite dalla Direttiva n. 2003/88 e, quindi, dell'applicazione delle sanzioni previste nei diversi ordinamenti nazionali per la loro violazione (20).

In proposito, è però necessario sgombrare il campo da un possibile equivoco: al di là delle peculiarità del procedimento principale che ha dato origine alle questioni pregiudiziali (21), nel quale la misurazione dell'orario acquisiva rilievo anche al fine di verificare il numero di ore di lavoro straordinario effettuate dai lavoratori, la pronuncia non ha a oggetto la dimensione sinallagmatica e, in particolare, l'eventuale remunerazione delle ore prestate in aggiunta rispetto all'orario normale (22). Ciò che alla Corte interessa, in vista del perseguimento delle finalità cui si è fatto cenno nel precedente paragrafo, è che sia puntualmente misurato l'orario *complessivo* del lavoro, su base giornaliera e, quindi, settimanale, al fine della verifica del rispetto delle durate massime d'orario (compreensive dello straordinario) e dei periodi minimi di riposo contemplati dalla direttiva e dalla Carta dei diritti.

Né, d'altra parte, la questione della remunerazione delle ore straordinarie avrebbe potuto costituire oggetto di specifica trattazione dinanzi alla Corte, la quale ha più volte precisato che i profili riguardanti la retribuzione dei lavoratori – a eccezione della disciplina delle ferie annuali retribuite di cui all'art. 7, par. 1 – esulano dal campo di applicazione e dallo scopo della Direttiva n. 2003/88 (come già della Direttiva n. 93/104); da questa puntualizzazione, presente soprattutto nelle pronunce relative alla nozione di

(17) L'affermazione, contenuta nel punto 66 della sentenza (ove richiami a taluni dei precedenti conformi), è in realtà un *mantra* cui fa ricorso la Corte nella sua giurisprudenza, sorprendentemente eliso in molti commenti (per il vero, specie quelli diretti a depotenziarne gli esiti attraverso vaghi richiami al nostro principio costituzionale di libertà d'impresa).

(18) Punto 63 della sentenza.

(19) Vd. i punti da 85 a 88 delle conclusioni dell'Avv. Gen., specificamente richiamati al punto 63 della sentenza.

(20) Vd., per l'Italia, l'art. 18-bis, d.lgs. n. 66/2003. Cfr. anche, in commento alla sentenza, Siotto 2019, par. 3.

(21) Vd. punti 19 ss. della sentenza.

(22) Pare interpretare in senso diverso la pronuncia Siotto 2019 (spec. par. 2).

orario, la Corte trae la conseguenza che la modalità di remunerazione delle diverse fasi temporali nelle situazioni sottoposte al suo giudizio è questione che non rientra nella direttiva, ma nelle disposizioni pertinenti del diritto nazionale (23), a condizione che queste garantiscono comunque e «integralmente l'effetto utile dei diritti conferiti» dalla disciplina europea ai lavoratori «per la protezione effettiva della [loro] salute e [...] sicurezza» (24). Cionondimeno, anche qualora la controversia principale verta su una questione retributiva, la Corte non si sottrae alla richiesta del giudice di merito, ove quest'ultima concerne comunque l'interpretazione di previsioni della direttiva, poiché «spetta al giudice nazionale e non alla Corte» verificare se dell'esito interpretativo possa tenersi conto nella controversia sottoposta al proprio giudizio (25).

Effettuata questa precisazione e tornando alle implicazioni più generali della pronuncia in commento, va comunque riconosciuto, questo sì, che l'adozione di strumenti che rendano la misurazione della durata dell'orario obiettiva, affidabile e accessibile, pur se indispensabile al fine di perseguire le già descritte finalità di tutela della salute, può risultare utile anche al fine di verificare l'effettivo rispetto delle norme interne in materia di orario normale e lavoro straordinario (26), nonché di rafforzare il contrasto alla piaga dei falsi *part-time*. Profili, questi ultimi, rispetto ai quali appaiono comunque riproponibili e appropriate le parole della Corte sulla debolezza contrattuale del lavoratore quale ostacolo alla rivendicazione dei propri diritti e all'importanza, anche per tale ragione, di strumenti certi di misurazione dell'orario; sull'insufficienza di altri strumenti di prova, di quella testimoniale in particolare (ancora una volta in considerazione del *metus* che caratterizza il lavoratore) (27); e, infine, sulla difficoltà delle verifiche ispettive in assenza di strumenti quali quelli menzionati (28).

Un'ultima annotazione di carattere generale attiene agli strumenti previsti dal nostro ordinamento. Ebbene, se si considera la portata dell'obbligo di misurazione affermato dalla Corte, appare evidente l'inadeguatezza della disciplina italiana relativa al Libro unico del lavoro (di seguito, Lul), introdotto dall'art. 39 del d.l. n. 112/2008 (conv. dalla l. n. 133/2008), non solo perché il suo campo d'applicazione è limitato ai datori di lavoro privati (29), ma anche perché le prescritte annota-

(23) C. Giust. 1.12.2005, C-14/04, *Dellas*, punto 38; C. Giust. 4.3.2011, C-258/10, *Grigore*, punti 81 e 83; C. Giust. 10.9.2015, C-226/14, *Cc.Oo. v. Tyco*, punti 48 ss.; C. Giust. 26.7.2017, C-175/16, *Hälvä e a.*, punto 25; C. Giust. 21.2.2018, C-518/15, *Matzak*, punti 48-52.

(24) C. Giust. 11.1.2007, C-437/05, *Vorel*, punto 32.

(25) Tra le più recenti, C. Giust. *Matzak*, cit., punti 24-26; ma cfr. anche *Hälvä e a.*, cit., punti 25 ss.

(26) Per il nostro ordinamento, vd. artt. 3 e 5, d.lgs. n. 66/2003. La sentenza in commento, al punto 47, si limita a riservare un cenno alla questione; il che non può sorprendere, se si considera che la Direttiva si disinteressa – pur senza ignorarla (cfr. artt. 6, lett. b, e 8, lett. a, Direttiva n. 104) – della distinzione tra *orario normale* di lavoro e *lavoro straordinario*.

(27) Per i rinvii alla giurisprudenza interna in materia di onere della prova per lavoro straordinario, vd.: Volpe 2019, 1986; Siotto 2019, nota n. 28.

(28) Su questi diversi profili, vd. i punti 44-45 e 53-57 della sentenza.

(29) Art. 39, c. 1, d.l. n. 112/2008. Per le p.a., vd. comunque l'art. 3, c. 83, della l. n. 244/2007 (legge finanziaria 2008), per cui «le pubbliche amministrazioni non possono erogare compensi per lavoro straordinario se non previa attivazione dei sistemi di rilevazione automatica delle presenze».

zioni (30) risultano semplificate allorché si tratti di lavoratori ai quali «venga corrisposta una retribuzione fissa o a giornata intera o a periodi superiori». Per questi ultimi, infatti, «è annotata solo la giornata di presenza al lavoro»; dato, quest'ultimo, certamente insufficiente a dar conto della durata effettiva della prestazione dei lavoratori in questione, al fine della verifica del rispetto dei limiti massimi di orario e di quelli minimi di riposo (31). A nostro avviso, inoltre, ove si presti la necessaria attenzione all'approccio teleologico utilizzato dalla Corte e ai suoi esiti, si dovrebbe dubitare dell'adeguatezza di qualsiasi strumento, quale il Lul, che prescriva una mera «annotazione» degli orari, salvo non si voglia sostenere, in via interpretativa, che un simile obbligo implichi necessariamente anche un obbligo di «instaurazione di un sistema *obiettivo*, affidabile e accessibile che consenta la *misurazione* della durata dell'orario» (32).

5. — *Il contributo della sentenza alla riflessione in materia di misurazione del lavoro agile* — Come detto in *Premessa*, riflettere sulla pronuncia in esame costituisce un'importante occasione per chiarire come la misurazione del tempo di lavoro, per finalità di verifica del rispetto dei limiti fissati dalla disciplina europea, non sia affatto esclusa allorché il lavoro sia reso in modalità agile ai sensi degli artt. 18 ss. della l. n. 81/2017 (33).

E invero, un secondo equivoco nel quale si può incorrere nel commentare la sentenza è di ritenere che essa possa invece fornire argomenti per motivare la generale sottraibilità di questa modalità di lavoro all'obbligo di misurazione.

Un simile esito interpretativo, a quanto pare, sarebbe desumibile dalla combinazione di due elementi: da un lato, il fatto che – come precisato dalla Corte – l'obbligo in questione non opererebbe nei casi contemplati dall'art. 17, par. 1, della Direttiva n. 2003/88, il quale «consente agli Stati membri, nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, di derogare, segnatamente, agli artt. da 3 a 6 di tale direttiva, quando la durata dell'orario di lavoro, a causa delle particolari caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi» (34); dall'altro, la circostanza che, per espressa previsione del nostro legislatore interno, la modalità agile della prestazione su-

(30) Ai sensi dell'art. 39, c. 2, d.l. n. 112/2008, va tra l'altro tenuto «un calendario delle presenze, da cui risulti, per ogni giorno, il numero di ore di lavoro effettuate da ciascun lavoratore subordinato, nonché l'indicazione delle ore di straordinario, delle eventuali assenze dal lavoro, anche non retribuite, delle ferie e dei riposi»; al c. 7 del medesimo art. 39 sono previste sanzioni amministrative, tra l'altro, per omessa o infedele registrazione dei dati (ivi compreso quello che attiene alla «quantità della prestazione lavorativa effettivamente resa»), che determini differenti trattamenti retributivi, previdenziali o fiscali.

(31) Il profilo è evidenziato da Orlando, Furfaro 2019.

(32) Vd. ancora il punto 62 della sentenza.

(33) Per ragioni tematiche e di spazio, esulano da questa trattazione le, pur rilevanti, questioni relative alla dimensione sinallagmatica (che sono talora affrontate nei contributi in materia di lavoro agile senza alcuna considerazione della portata dell'art. 36, c. 1, Cost.) e all'applicazione dei limiti legislativi interni aggiuntivi rispetto a quelli fissati dalla Direttiva n. 2003/88 (si pensi alla già citata distinzione tra orario normale e lavoro straordinario).

(34) Vd. il punto 63 della sentenza.

bordinata è resa «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro» (art. 18, c. 1, periodo 1, l. n. 81/2017) (35).

La deduzione presupporrebbe evidentemente che al lavoratore agile non fosse riconosciuto il diritto, sancito dall'art. 31, par. 2, della CdfUe e precisato nella Direttiva n. 2003/88, a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornaliero e settimanale.

Sennonché, come risulta evidente a seguito di una lettura anche superficiale della disciplina interna, la prestazione lavorativa resa in modalità agile «viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, c. 1, periodo 2, l. n. 81/2017; corsoivo nostro).

Il catalogo di questi limiti è articolato: per rimanere a quelli previsti nella legge, si va dal limite all'orario massimo settimanale, comprensivo anche delle prestazioni straordinarie, pari a 48 ore (che deve però essere rispettato non nella singola settimana di calendario, ma come media su un arco temporale di quattro mesi) (36), al limite massimo giornaliero delle 13 ore di lavoro, ricavabile, *a contrario* e al lordo delle pause (37), alla previsione che garantisce al lavoratore un periodo minimo di riposo giornaliero pari a 11 ore consecutive ogni 24 (38); ma non possono neppure essere trascurati, almeno in linea teorica, i limiti di durata specificamente dettati per i lavoratori notturni (39).

A queste tutele va poi aggiunta quella relativa al riposo settimanale di almeno 24 ore consecutive, di regola coincidente con la domenica, da calcolare «come media in un periodo non superiore a 14 giorni» e da cumulare con il riposo giornaliero (40); questo diritto è certamente fatto salvo, poiché la disciplina speciale contenuta nell'art. 18, c. 1, l. n. 81/2017, si occupa solo dei limiti di orario e non anche del regime del riposo settimanale e delle ferie.

Tutti questi limiti, dunque, vanno rispettati e, d'altra parte, ove il nostro legislatore avesse invece optato per la sottrazione *tout court* del lavoratore agile da tutte (o

(35) Cfr. Orlando, Furfaro 2019.

(36) Art. 4, d.lgs. n. 66/2003, che consente ai contratti collettivi di elevare l'arco temporale su cui calcolare la media fino a sei o a dodici mesi (nella Direttiva n. 2003/88, vd. artt. 6, 16, 18 e 19).

(37) Per le quali vd. art. 8, d.lgs. n. 66 (nella Direttiva, vd. art. 4).

(38) Al riguardo è bene precisare che nessun rilievo può essere attribuito al fatto che la legge del 2017 si riferisca espressamente solo alla durata massima dell'orario e non anche al riposo giornaliero: nella nostra disciplina generale in materia di orario di lavoro, infatti, il secondo costituisce presupposto per la determinazione della durata massima giornaliera (complessiva) della prestazione: vd. art. 7, d.lgs. n. 66; cfr. anche art. 17, cc. 1 e 4, d.lgs. n. 66, per eventuali deroghe mediante contratti collettivi (nella Direttiva n. 88, vd. artt. 3, 17, parr. 2 ss., e 18). Su queste previsioni, anche per osservazioni critiche, Leccese 2006, par. 7.1; nella letteratura in materia di lavoro agile, vd. Fenoglio 2018, 556.

(39) Vd. artt. 11 ss., nonché art. 1, c. 2, lett. *d* ed *e* (per i profili definitori), e art. 17, cc. 1 e 4 (per eventuali deroghe mediante contratti collettivi), d.lgs. n. 66 (con previsioni in parte attuative di clausole contenute negli artt. 8, 17, parr. 2 ss., e 18 della Direttiva n. 88).

(40) Art. 9, d.lgs. n. 66 (nella Direttiva, vd. artt. 5, 16, 17, parr. 2 ss., 18).

anche solo da una di) queste tutele, si porrebbe un problema di conflitto con il diritto sancito dalle pertinenti disposizioni dell'Unione.

Sulla base di questi presupposti, si deve dunque ritenere che – almeno in linea generale – anche per il lavoro in modalità agile sussiste l'obbligo di instaurare un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro, sì da garantire – nei termini precisati nella sentenza in commento – che l'effetto utile dei diritti posti dall'Unione in funzione di tutela della salute del prestatore sia integralmente assicurato, potendo risultare a tal fine insufficiente la mera previsione, nel contratto individuale (come, del resto, nei contratti collettivi), dei «tempi di riposo» e delle «misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro» (art. 19, c. 1, l. n. 81) (41).

Né, è bene chiarire, la conclusione può essere smentita asserendo che il lavoro reso in modalità agile, a causa dell'alterazione delle tradizionali coordinate spaziali che esso comporta, non sarebbe riconducibile alla nozione di «orario» contenuta nella Direttiva n. 2003/88 (42). In questa sede non si può ripercorrere l'intera evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto (43). Ci si limiterà dunque a osservare, da un lato, che la Corte, grazie all'approccio teleologico sopra segnalato, ha progressivamente ampliato la nozione di orario, disancorandola dalla presenza del lavoratore in un luogo fisico indicato dal datore (44); dall'altro, che dall'accoglimento di una simile operazione sottrattiva deriverebbe – in virtù della visione binaria tuttora accolta dalla Corte di Giustizia – la riconduzione dell'intera prestazione agile alla nozione di «riposo» (45).

(41) Al riguardo, ci si deve limitare a osservare che nell'accordo i riposi non possono comunque essere quantificati in misura inferiore rispetto a quella prevista dalla legge; che la disconnessione dalla strumentazione tecnologica può (in astratto) essere funzionale all'obiettivo di garantire il rispetto delle norme sui riposi se la fascia temporale interessata è (almeno) pari alla durata minima in esse prevista (Di Meo 2017, 30); che i diritti di cui si discute attengono anche alla durata massima (media) della prestazione, il cui rispetto non può essere garantito mediante il mero ricorso alla disconnessione; che, per converso, la scelta del legislatore di riservare lo strumento ai soli lavoratori agili non è indenne da critiche, perché, anche sul piano teorico, molte delle questioni talora lette con prevalente riferimento alle innovazioni tecnologiche – si pensi, in particolare, al tema della *porosity* (o, se si preferisce, della fluidità e reciproca interferenza) dei tempi di vita e di lavoro – riguardano anche tutti i lavoratori «rimuginanti» o «ruminanti», tra i quali i lavoratori della conoscenza e, in genere, i lavoratori creativi. Ma sull'amplissima letteratura in materia di disconnessione vd., tra i contributi più recenti: Lamberti 2018, 205 ss.; Altimari 2019; Zucaro 2019; Zeppilli 2019.

(42) Sul tema, cfr., tra gli altri: Peruzzi 2017, 17; Fenoglio 2018, 559 ss.; Spinelli 2018, 156 s.

(43) Vd., comunque, le pronunce citate *supra*, a nota n. 23.

(44) Vd. C. Giust. 10.9.2015, C-226/14, *Tyco*, cit. (con riferimento ad alcuni tempi di spostamento di lavoratori che non hanno un luogo di lavoro fisso o abituale, collegati con *smartphone* a una centrale operativa e la cui prestazione è svolta costantemente mediante l'utilizzo di mezzi di trasporto); C. Giust. *Matzak*, cit. (con riferimento alla fase di reperibilità, allorché risulti che le sue concrete modalità limitino fortemente la possibilità per il lavoratore di svolgere altre attività e, quindi, di riposarsi realmente).

(45) Sulle due nozioni, contemplate dalla Direttiva e riprodotte nell'art. 1, lett. *a* e *b*, d.lgs. n. 66, vd., in generale, Leccese 2006, par. 4.1.

Come si avrà modo di vedere nel successivo paragrafo, invece, un eventuale esito sottrattivo può derivare dalla verifica che il lavoro agile sia svolto secondo modalità che consentano al prestatore di autodeterminare la durata (e non solo la collocazione) della prestazione; il che, è bene anticipare, è possibile solo allorché questa facoltà concerna l'intera durata della prestazione, cioè anche quella parte che, secondo lo schema predisposto dalla l. n. 81/2017 e profondamente alterato durante la pandemia Covid-19, deve essere svolta nei locali aziendali.

5.1. — *Lavoratori (agili e non) per i quali non operano le tutele e, quindi, l'obbligo di misurazione: tra libera determinazione della collocazione della prestazione e autodeterminazione della sua durata* — A questo punto dell'analisi, resta infatti da chiarire se il riferimento della Corte alle esclusioni contemplate dall'art. 17, par. 1, Direttiva n. 2003/88, una volta che ne sia scongiurato un suo maldestro e generalizzato utilizzo, possa conservare, a seconda delle modalità concrete di svolgimento del lavoro agile, una residua operatività.

Al riguardo è bene precisare che, al di là della retorica sulle «vere» finalità (promiscue e/o alternative) del lavoro agile e della variegata letteratura, giuridica e non, sul tema (46), arricchitasi inevitabilmente a causa dell'uso peculiare che dell'istituto si è fatto in periodo di Covid-19 (47), il dato normativo oggi vigente, pur non brillando per chiarezza (48), consente (anche in tempi di pandemia, per il vero) di attuare una pluralità di forme di lavoro agile.

Per ciò che attiene alla dimensione temporale (49), in particolare, la previsione che qualifica il lavoro agile «quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro» si presta, a seconda delle scelte delle parti e/o delle variabili organizzative, a diverse soluzioni applicative, anche a causa della compresenza, nella struttura della norma, di fasi di lavoro in azienda e fasi di lavoro al di fuori di essa; sarà sufficiente, ai fini della presente trattazione, evidenziarne due.

Una prima soluzione, meno incisiva, ma a quanto pare parecchio diffusa nella prassi, è quella nella quale ci si limita a *svincolare* la fase di lavoro resa da remoto dal

(46) La l. n. 81/2017 detta la disciplina del lavoro agile «allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro», ma l'obiettivo più ambizioso, secondo taluni, sarebbe quello di assicurare l'*autonomizzazione* della prestazione subordinata. Ai fini del ragionamento qui condotto non è utile entrare nelle, pur rilevanti, questioni derivanti dalla scelta legislativa, sulle quali si rinvia, tra le tante trattazioni disponibili e anche per ulteriori richiami, a Ricci 2018, 643 ss., Casillo 2018, Tinti 2020; sull'istituto in generale, vd. anche l'ampia letteratura richiamata in Spinelli 2018 e, da ultimo, in Tullini 2019, 3247 ss.

(47) Per tutti: Alessi, Vallauri 2020; Caruso 2020, e, con riferimento alle p.a., Zoppoli 2020.

(48) Vd., ad es.: Peruzzi 2017, par. 5; Donini 2017, 92 ss.; Fenoglio 2018, 555 ss.; Chietera 2018, 352 s.; Proia 2018, 188 ss., i quali sottolineano condivisibilmente le difficoltà di coordinamento tra la disciplina generale sull'orario dettata dal d.lgs. n. 66/2003 e quella del lavoro agile.

(49) Sulle diverse posizioni assunte dalla dottrina rispetto alla libertà dai vicoli spaziali, vd. Ricci 2018, 652 ss.

rispetto di rigide *fasce orarie*, lasciando il lavoratore libero di scegliere (oltre che *dove*, anche) *quando* lavorare, ma non di determinare autonomamente il *quantum* della prestazione, che resta comunque ancorato, anche in tale fase, alla durata normale prevista per i lavoratori che non eseguano il lavoro in modalità agile (50). La soluzione risulta adottata, tra l'altro, negli accordi (collettivi e/o individuali) che si preoccupano di disciplinare in vario modo lo svolgimento di prestazioni «straordinarie» in lavoro agile (51), le quali presuppongono, appunto, il rispetto di un orario normale, quantomeno su base settimanale (52). Essa, poi, può combinarsi con diversi livelli di limitazione della facoltà di scelta del lavoratore: uno degli elementi eventuali, anch'esso presente in alcune regolamentazioni collettive e/o accordi individuali, è costituito dal rispetto di fasce di connessione concordate (53).

Orbene, l'adozione di questa prima soluzione non pone alcun problema di conciabilità, in relazione alla questione qui trattata, tra il primo e il secondo periodo dell'art. 18, c. 1, perché al lavoratore, pur libero (o quasi) da vincoli di *collocazione* dell'orario, è comunque imposto il rispetto di un *quantum* di orario anche nelle fasi in cui non lavora in azienda; la durata della prestazione sarà dunque misurata sia al fine di verificare la correttezza dell'adempimento, sia in vista del rispetto dei limiti prescritti dalla disciplina europea in funzione di tutela della salute del prestatore di lavoro.

Una seconda soluzione, ben più complessa sul piano organizzativo, da taluni ritenuta indispensabile al fine di garantire appieno le finalità che si ritiene debbano essere perseguite mediante il lavoro agile, ma invero non imposta dalla legge ai fini della sua configurabilità, può invece comportare un reale e definitivo superamento delle coordinate temporali, mediante il ricorso a «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi» (cfr. ancora art. 18, c. 1, periodo 1, l. n. 81) (54).

(50) Questa modalità sembra ammessa, ad es., da Cairoli 2017, 12 ss.; Donini 2017, 96 ss.; Peruzzi 2017, 17; Spinelli 2018, 153; Chietera 2018, 352; Fenoglio 2018, 557; Casillo 2018, 120 ss.; parrebbe esclusa invece da chi, enfatizzando il mancato riferimento, nel secondo periodo dell'art. 18, c. 1, al necessario rispetto anche dell'orario normale di lavoro, dubita della «riconducibilità [...] alla definizione, e alla disciplina del lavoro agile» dei casi in cui «il datore di lavoro imponga l'obbligo di rispettare un preciso orario di lavoro anche durante la parte della prestazione resa in modalità agile» (cfr., per tutti, Proia 2018, 187 ss.; sul punto, 190).

(51) Per alcune esemplificazioni della disciplina dei contratti collettivi, vd.: Tiraboschi 2017, 952 ss.; Occhino 2018, 107 ss.; Fenoglio 2018, 558, nota n. 23.

(52) Cfr. art. 1, c. 2, lett. c, d.lgs. n. 66/2003.

(53) Cfr., ad es., per le p.a., la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri n. 3/2017 (che, in quanto attuativa dell'art. 14, l. n. 124/2015, rientra tra le direttive cui si riferisce l'art. 18, c. 3, l. n. 81/2017), la quale richiede l'individuazione nell'accordo «della correlazione temporale dello *smart working* rispetto all'orario di lavoro [sic!] e di servizio dell'amministrazione anche mediante fasce di reperibilità». Resta da chiarire se siano riconducibili alla fattispecie disciplinata dall'art. 18, l. n. 81/2017, o al telelavoro i casi di lavoro a distanza nei quali sia riconosciuta al lavoratore la sola libertà di scegliere il luogo della prestazione e non la sua collocazione temporale. Ma sulla distinzione tra telelavoro e lavoro agile le posizioni sono molto diversificate e, tutto sommato, irrilevanti, ai fini del discorso che si sta qui conducendo: vd. comunque, anche per ulteriori rinvii, Peruzzi 2017, par. 2; Ricci 2018, 628 ss.; Spinelli 2018, 61 ss. e 89 ss., anche per ulteriori riff.

(54) In letteratura, è frequente la considerazione secondo cui questa modalità di lavoro agile è solo eventuale.

In tali evenienze, la conciliazione tra i due periodi dell'art. 18, c. 1, è meno agevole poiché, per un verso, l'orario non sarebbe più il criterio diretto di commisurazione della controprestazione retributiva e, d'altro canto, la sua misurazione potrebbe essere ancora ritenuta indispensabile ai fini della verifica del rispetto dei «solí limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva», come previsto dal periodo 1 dell'art. 18, c. 1: anche questa seconda soluzione, dunque, potrebbe risultare insufficiente a escludere il rispetto dei limiti fissati dalla disciplina europea, ove non ricorrono anche altre condizioni.

Con riferimento a essa, infatti, è possibile cogliere appieno, anche con riferimento al lavoro agile, la portata della precisazione operata dalla Corte in merito ai casi, contemplati dall'art. 17, par. 1, Direttiva n. 2003/88, in cui la gran parte delle tutele previste dalla direttiva – sia pure «nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori» (55) – non si applicano e, quindi, neppure è necessaria la misurazione dell'orario di lavoro (56); i casi, cioè, nei quali «la durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; o c) di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose».

La previsione è stata ripresa dalla nostra disciplina interna in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, che, pur conservandone l'impianto, presenta però un elenco più ampio di lavoratori esclusi dalle tutele: vd. art. 17, c. 5, d.lgs. n. 66/2003, nel quale compaiono, tra l'altro, anche le «prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro» (lett. *d*). L'ampliamento, peraltro, non collide con la previsione europea di riferimento, poiché quest'ultima (come, del resto, quella interna) delinea il presupposto oggettivo della deroga attraverso l'utilizzo dell'espressione «in particolare», sì che il più ridotto elenco in essa contenuto può essere considerato non tassativo e, pertanto, ampliabile dal singolo Stato membro.

Orbene, la struttura di entrambe le previsioni e, in particolare, il fatto che gli elenchi in esse contenuti rivestano carattere meramente esemplificativo inducono a ritenerre che, in presenza dei requisiti prescritti, anche il lavoro agile possa essere sottratto al rispetto delle norme di tutela (57); ciò, ovviamente, a condizione che il lavoratore sia realmente impiegato in un'attività nella quale, a causa delle sue caratteristiche, la durata dell'orario «non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi».

(55) Per una possibile interpretazione dell'inciso, vd. Lecce 2006, par. 7.1.

(56) Vd., ancora, il punto 63 della sentenza.

(57) Alcuni commentatori escludono, talora in termini dubitativi, che per il lavoro agile possa operare la deroga di cui all'art. 17, c. 5, d.lgs. n. 66/2003 (cfr.: Peruzzi 2017, 15 s.; Donini 2017, 94 s.; Allamprese, Pascucci 2017, 316; Fenoglio 2018, 557 s.; Casillo 2018, 120; paiono invece accedere alla soluzione qui proposta Cairoli 2017, 14, e Chietera 2018, 352); ne conseguirebbe, dunque, senza che se ne colga la *ratio*, una «minore flessibilità regolativa» per il lavoro agile rispetto ad altre fattispecie, ivi compreso il telelavoro (Ricci 2018, 655). Si tratta di una posizione che – a nostro avviso – andrebbe corretta, alle condizioni e nei termini che verranno descritti in testo.

La deroga, in definitiva, può riferirsi a qualsiasi lavoratore (agile e non) per il quale sia effettivamente verificata la libera determinabilità non solo della *collocazione* della prestazione, ma anche della sua *durata*. Caratteristica, questa, che sarebbe evidentemente più agevolmente riscontrabile proprio ove si adottino «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi».

In proposito è, però, necessario compiere alcune ulteriori precisazioni.

In primo luogo, va osservato che, al fine di ritenere conforme il dato normativo interno a quello dell'Ue, l'effettiva sussistenza delle caratteristiche richieste dalla previsione europea (come da quella interna) deve essere riscontrata non in linea astratta, bensì alla luce del concreto atteggiarsi del singolo rapporto.

Pertanto, la fattispecie derogatoria non può ritenersi integrata, ad esempio, in presenza della mera attribuzione della qualifica dirigenziale, del mero inquadramento del lavoratore nell'ambito del cd. personale direttivo, dal fatto che l'attività sia svolta da «manodopera familiare», ovvero ancora – val la pena di sottolineare – dal solo svolgimento *a distanza* del rapporto (telelavoro) (58).

Questa verifica in concreto è del resto imposta dalla rigorosa posizione assunta dalla Corte di Giustizia a proposito delle deroghe contemplate dall'art. 17 della Direttiva n. 2003/88 (e, già, dalla Direttiva n. 93/104).

In linea generale, in quanto eccezioni al sistema europeo di organizzazione dell'orario, tutte le deroghe previste dall'art. 17 «devono essere interpretate in modo che la loro portata sia limitata a quanto strettamente necessario alla tutela degli interessi che tali deroghe permettono di proteggere» (59); così come, per converso, al fine di garantire il perseguitamento delle finalità poste alla base della direttiva e dell'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti, va riconosciuto che le disposizioni della prima «non possono essere oggetto di interpretazione restrittiva a scapito dei diritti che il lavoratore trae» da essa (60).

Con specifico riferimento, poi, alla deroga contemplata dall'art. 17, par. 1, la Corte, oltre a confermare che essa può operare se risulti provato che al lavoratore è riconosciuta la facoltà di «decidere del *numero* di ore di lavoro» da prestare (61), ha altresì precisato che – come risulta dalla stessa formulazione della previsione – la deroga in questione «si applica solo ai lavoratori il cui orario di lavoro *nella sua interezza* [non, dunque, solo in parte] non è misurato o predeterminato o può essere determinato dai lavoratori stessi, a causa della natura dell'attività esercitata» (62).

Concetti poi ripresi in una più recente pronuncia, nella quale si afferma che la de-

(58) Per ulteriori approfondimenti su questo essenziale aspetto, e per richiami alla dottrina, alla giurisprudenza e alla prassi amministrativa, vd. Lecce 2014, par. 4.1.

(59) C. Giust. 9.9.2003, C-151/02, *Jaeger*, punto 89; C. Giust. 14.10.2010, C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère*, punto 40.

(60) Come ribadito anche dalla sentenza qui commentata, al punto 32.

(61) C. Giust., *Union syndicale Solidaires Isère*, cit., punti 41 ss.

(62) C. Giust. 7.9.2006, C-484/04, *Commissione v. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, punto 20. Cfr. anche l'*Introduzione alla Relazione* della Commissione dell'1.12.2000 sullo stato d'applicazione della Direttiva Com(2000)787 def., ove si precisa che l'elenco di cui all'art. 17, par. 1, Direttiva n. 2003/88, benché non sia «esauriente», debba comunque essere «interpretato in modo *restrittivo*» e, più di recente, la *Relazione* della Commissione del 26.4.2017, anch'essa relativa all'attuazione della Direttiva Com(2017)254 final, in cui si sottolinea che i parametri utilizzati da taluni Stati al fine di prevedere l'esenzione dalle tutele ai sensi

roga di cui all'art. 17, par. 1, «non è applicabile a un'attività subordinata [...] qualora non sia dimostrato che l'orario di lavoro, *nel suo complesso*, non sia misurato o predefinito o che possa essere stabilito dal lavoratore stesso, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare»; tanto che, in assenza di tale presupposto, non è neppure necessario verificare se l'attività dei lavoratori sia riconducibile a una di quelle esemplificativamente indicate nella previsione (63).

Si tratta di un filone sorprendentemente trascurato in sede di commento alla nostra disciplina interna in materia di lavoro agile (e, a ben vedere, anche di telelavoro); sennonché, la chiara interpretazione della Corte di Giustizia, unita alla previsione dell'art. 18, c. 1, della l. n. 81/2017, dovrebbe indurre a una qualche cautela coloro che traggono conseguenze eccessive dall'inciso normativo interno secondo cui il lavoro agile si svolge *in parte* senza precisi vincoli di orario di lavoro e/o dalla possibilità che la prestazione sia resa con modalità organizzative per fasi, cicli e obiettivi.

In definitiva, va ribadito che l'eventuale sottrazione dei lavoratori agili (come, del resto, dei telelavoratori, menzionati dall'art. 17, c. 5, d.lgs. n. 66/2003) dai limiti di durata e dai riposi giornalieri potrà derivare solo dalla verifica, caso per caso, della loro effettiva possibilità di autodeterminare non solo la collocazione ma anche, *nella sua interezza* (cioè anche nelle fasi di lavoro svolte in azienda), la durata della prestazione. Solo in tale evenienza, dunque, non sarà necessaria l'attivazione di «un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro», secondo quanto stabilito dalla pronuncia qui commentata.

Riferimenti bibliografici

- Alessi C., Vallauri M.L. (2020), *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. Bonardi et al. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, e-book Consulta giuridica Cgil, 131 ss.
- Allamprese A., Pascucci F. (2017), *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in q. *Riv.*, I, 307 ss.
- Altimari M. (2019), *Tempi di lavoro (e non lavoro) e economia digitale: tra diritto alla disconnessione e ineffettività dell'impianto normativo-garantista*, in C. Alessi et al. (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 57 ss.
- Cairolì S. (2017), *La definizione di lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona». Collective Volumes, n. 6, 5 ss.
- Caruso B. (2020), *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, I, 215 ss.
- Casillo R. (2018), *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in q. *Riv.*, I, 115 ss.
- Chietera F. (2018), *Il lavoro agile*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Adapt University Press, 345 ss.
- Di Meo R. (2017), *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *LLI*, vol. 3, n. 2, 17 ss.

dell'art. 17, par. 1 – tra i quali il fatto che il lavoratore lavori da casa o svolga funzioni amministrative –, «non garantiscono necessariamente che siano rispettati i criteri della Direttiva».

(63) C. Giust. 26.7.2017, C-175/16; *Hälvä e a.*, cit., spec. punti 45 e 49.

- Donini A. (2017), *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultati*, in Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona». Collective Volumes, n. 6, 90 ss.
- Fenoglio A. (2018), *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 547 ss.
- Lamberti M. (2018), *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 195 ss.
- Leccese V. (2006), *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 255 ss.
- Leccese V. (2014), *Nuove disposizioni in materia di orario di lavoro*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il nuovo Diritto del lavoro*, vol. II, Rapporto individuale di lavoro e processo del lavoro Giappichelli, Torino, 315 ss.
- Occhino A. (2018), *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva*, in LPA, 81 ss.
- Orlando A., Furfaro L. (2019), *La gestione dell'orario di lavoro nello smart working*, in GLav., n. 31, 17 ss.
- Peruzzi M. (2017), *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 1.
- Proia G. (2018), *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 177 ss.
- Ricci G. (2018), *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del «lavoro agile»*, in NLCC, 632 ss.
- Siotto F. (2019), *Orario di lavoro e obbligo di registrazione con sistema «oggettivo, affidabile e accessibile»*, in RIDL, II, 697 ss.
- Spinelli C. (2018), *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari.
- Tinti A. (2020), *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 419.
- Tiraboschi M. (2017), *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in DRI, 921 ss.
- Tullini P. (2019), *Commento agli artt. 18-23, l. n. 81/2017*, in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 3233 ss.
- Volpe D. (2019), *Commento all'art. 5 (Lavoro straordinario)*, in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 1981 ss.
- Zeppilli V. (2019), *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in q. Riv., I, 305 ss.
- Zoppoli L. (2020), *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 421.
- Zucaro R. (2019), *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in LLI, vol. 5, n. 2.

Vito Leccese
Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

CASSAZIONE, 24.2.2020, n. 4871 – Pres. Nobile, Est. Negri della Torre, P.M. Celeste (rigetto) – C.D. (avv. Aiello) c. Bpm Spa (avv.ti D'Averio, Freddi).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 15.5.2018.

Controlli sul lavoratore – Licenziamento disciplinare – Strumenti di lavoro – Informativa.

L'art. 4, c. 3, St. lav., nella sua nuova formulazione, contiene esclusivamente la previsione dell'utilizzabilità delle informazioni raccolte ai sensi dei precedenti cc. 1 e 2, a condizione che sia data al lavoratore «adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli», senza alcuna distinzione – purché ne sia accertata l'idoneità – tra informative precedenti e posteriori all'entrata in vigore del d.lgs. n. 151/2015. (1)

(1) CONTROLLO A DISTANZA E RISERVATEZZA NEL NUOVO CORSO DEL DIRITTO DEL LAVORO

1. — La Cassazione, con la sentenza in epigrafe, affronta la questione dell'utilizzabilità delle informazioni acquisite dal datore di lavoro per il tramite di strumenti di lavoro per giustificare un licenziamento disciplinare. In particolare, la referente di un'agenzia di banca aveva effettuato interrogazioni di conto corrente, che non erano giustificate da ragioni di servizio. Il giudice di merito, nel ritenere giustificato il licenziamento, ha accertato che il datore di lavoro aveva correttamente adempiuto all'obbligo informativo posto dall'art. 4 della legge n. 300 del 1970, così come riformato nel 2015.

Tra i motivi di ricorso per cassazione, la lavoratrice ha sostenuto che la sentenza di secondo grado fosse da ritenersi viziata, perché l'informativa resa dal datore di lavoro era antecedente all'entrata in vigore dell'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015. Di conseguenza, le informazioni acquisite attraverso il controllo sul sistema informativo non avrebbero potuto essere utilizzate ai fini disciplinari, per violazione dell'art. 4 St. lav., così come riformato. La Cassazione, tuttavia, nel rigettare anche questo motivo di impugnazione, ha sostenuto che, in realtà, la legge non distingue tra informative precedenti e posteriori all'entrata in vigore della novella, «purché ne sia accertata l'idoneità» a dare al lavoratore «adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli».

La sentenza, molto sintetica, non affronta tuttavia il problema delle caratteristiche che l'informativa deve avere, ai sensi dell'art. 4, comma 3, St. lav., per essere considerata idonea a legittimare il datore di lavoro a utilizzare i dati sull'attività lavorativa acquisiti a seguito di un controllo. Tra l'altro, essa non affronta neppure la questione, preliminare, delle altre condizioni che consentono un controllo indiretto sulla prestazione lavorativa. Nel caso di specie, infatti, nel processo non è stato affrontato il problema di comprendere se la dotazione informatica della dipendente fosse da considerare un'apparecchiatura di cui al comma 1 dell'art. 4 ovvero uno strumento di lavoro,

con conseguente applicazione del comma 2. Con ogni probabilità, tali aspetti non sono entrati nel processo, con la conseguenza che la Corte ha potuto pronunciarsi esclusivamente sulle eccezioni sollevate dalle parti. La decisione, però, merita attenzione perché la Corte, seppure indirettamente, offre alcune indicazioni circa i limiti al potere di controllo sull'attività lavorativa. Il problema, come è noto, non riguarda esclusivamente l'ordinamento italiano, dal momento che la riservatezza del lavoratore costituisce uno dei diritti fondamentali dell'Unione (Su questi aspetti si rinvia a Nuzzo 2020, 209 ss., e ai riferimenti bibliografici ivi indicati).

La pronuncia, infatti, sembra presupporre la liceità del controllo sulla prestazione lavorativa a condizione che al lavoratore sia stata data una informazione idonea circa la modalità d'uso degli strumenti e l'effettuazione dei controlli.

2. — Questo esito interpretativo non è scontato. La modifica dell'art. 4, come era immaginabile, ha indotto la dottrina a interrogarsi, intanto, sulla permanenza, implicita, di un divieto di controllo a distanza sull'attività lavorativa. La dottrina, in via prevalente, ha sostenuto tale conclusione, con una serie di argomenti, sia di carattere letterale sia di tipo sistematico (Cfr., in particolare, Salimbeni 2015 e Nuzzo 2018; *contra*, Maresca 2016). In estrema sintesi, la permanenza di un divieto di controllo sulla prestazione è desumibile sostanzialmente dal fatto che il legislatore ha previsto che l'installazione di impianti da cui può derivare un controllo sull'attività lavorativa è consentita «esclusivamente» per soddisfare determinate esigenze, differenti dalla verifica dell'adempimento delle obbligazioni lavorative. Inoltre, il controllo a distanza sarebbe ancora vietato in ragione di precisi vincoli costituzionali che impongono di tutelare la riservatezza del lavoratore e salvaguardare la sua dignità (Cfr. Nuzzo 2018).

In altra sede, tuttavia, si è già avuto modo di sostenere che l'attuale formulazione dell'art. 4 St. lav. non pone più un divieto assoluto di controllo a distanza (Raimondi 2019), alla luce di una interpretazione letterale, coerente con l'intenzione del legislatore. La tesi suggerita, in estrema sintesi, è che, a seguito della riforma, il datore di lavoro può utilizzare le informazioni acquisite mediante apparecchiature di controllo, legittimamente installate, oltre che dagli strumenti di lavoro messi a disposizione del lavoratore, a condizione del pieno rispetto della normativa in materia di *privacy*, a partire dall'adeguatezza, imposta dalla disposizione, dell'informativa da rendere ai dipendenti. In altri termini, il controllo della prestazione è consentito se esso è conseguenza di un'attività di videosorveglianza, o di altra natura, effettuata per soddisfare le ragioni oggettive che hanno autorizzato l'installazione di quegli strumenti dai quali deriva un controllo sull'attività lavorativa. In questo caso, l'eventuale acquisizione di dati sull'attività lavorativa non comporta, come in passato, la loro inutilizzabilità, se non nel caso in cui il loro trattamento avvenga in violazione delle norme in materia di protezione dei dati personali. Sotto questo profilo, l'integrale applicazione della normativa in materia di *privacy* costituisce un mezzo adeguato a bilanciare il diritto alla riservatezza del lavoratore e le esigenze organizzative dell'impresa.

La giurisprudenza di merito sembra sostenere questa posizione. Ad esempio, è stato affermato che «i controlli eseguiti dal datore di lavoro contrastano con il comma 3 dell'art. 4, l. n. 300/1970, qualora il lavoratore non sia stato adeguatamente informato né sulla concreta possibilità, né tanto meno sulle modalità relative a eventuali controlli da parte del datore di lavoro sul proprio computer e sulla propria e-mail aziendale» (T.

Vicenza 28.10.2019, n. 356, reperibile in *DeJure*). La stessa conclusione è stata sostenuta in altre occasioni, con riferimento al controllo effettuato sulle mail aziendali (T. Milano 13.5.2019, n. 17778, in *RIDL*, n. 4, II, 639 ss.; T. Roma 26.3.2019, in *DeJure*) ovvero mediante altri dispositivi installati sugli strumenti di lavoro (T. Pescara 25.10.2017, in *RIDL*, 2018, II, 211 ss., con nota critica di Nuzzo). Del resto, «in tema di licenziamento, posto che la novella sui controlli a distanza ha escluso il divieto in linea di principio dell’uso di impianti per il controllo a distanza, ma ha posto limiti rigorosi alle modalità del suo svolgimento, sono inutilizzabili a fini disciplinari le informazioni raccolte dall’*account* di posta aziendale in uso al lavoratore, qualora quest’ultimo non sia stato adeguatamente informato delle modalità di espletamento dei controlli» (T. Roma 13.6.2018, in *FI*, n. 9, I, 2932 ss.).

In sintesi, sembra farsi strada l’idea che, a seguito del d.lgs. n. 151/2015, la tutela della riservatezza del lavoratore risiede essenzialmente sul rispetto dei principi in materia di protezione dei dati personali, sia se le informazioni sull’attività lavorativa sono state acquisite indirettamente, attraverso le apparecchiature installate a seguito di accordo sindacale o autorizzazione amministrativa, ovvero mediante gli strumenti assegnati al dipendente per svolgere la prestazione lavorativa.

3. — Da quanto è possibile comprendere dal testo della decisione in esame, il licenziamento è stato giustificato in ragione di informazioni acquisite tramite il controllo dei dati acquisiti a seguito dell’analisi del sistema informatico. La sentenza, come anticipato, non affronta un tema delicato, che è quello di individuare la disciplina applicabile con riferimento agli applicativi che consentono un controllo sulla prestazione installati negli strumenti necessari per eseguire la prestazione lavorativa. Nel caso degli strumenti di lavoro, infatti, il rischio che il controllo sull’attività lavorativa sia lesivo della dignità e della riservatezza del dipendente è molto elevato. Grazie alle nuove tecnologie informatiche è possibile dotare gli apparati per eseguire la prestazione di dispositivi che consentono, in ogni momento, di monitorare l’attività lavorativa e di registrare i relativi dati. Diviene, quindi, di estrema importanza distinguere gli strumenti che si rendono necessari per svolgere la prestazione lavorativa da quegli altri che, pur potendo essere assegnati al dipendente per svariate ragioni, anche organizzative, non sono funzionali al corretto adempimento della prestazione (Cfr., in particolare, Salimbeni 2015, 609). In questo secondo caso, infatti, non troverebbe applicazione il comma 2, ma, eventualmente, il comma 1, con la necessità per il datore di lavoro di motivare, in sede sindacale o amministrativa, quale esigenza organizzativa sia connessa all’assegnazione dell’apparecchiatura al dipendente ed essere, quindi, autorizzato al suo ricorso. Questa seconda interpretazione, tra l’altro, è quella sostenuta dall’Autorità garante per la protezione dei dati personali (Provvedimento n. 345 del 4.6.2015, doc. web n. 4211000).

Dall’esame della sentenza, tuttavia, non è possibile comprendere se tale questione sia stata introdotta nella controversia che ha portato alla decisione in esame. Ciò che si evince è, esclusivamente, che il datore di lavoro ha eseguito un controllo sugli accessi sui conti correnti, evidentemente effettuati dalla dotazione informatica della dipendente. A seguito di tale verifica, effettuata *ex post*, ha riscontrato la violazione di un divieto rilevante sotto il profilo disciplinare e ha esercitato il potere disciplinare. Il controllo, quindi, è stato effettuato *ex post* e non durante lo svolgimento dell’attività lavo-

rativa. In proposito, la Cassazione, con riferimento alla normativa vigente prima della riforma del 2015, aveva ritenuto che, «in tema di controlli a distanza, esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 4, comma 2, St. lav., e non richiedono l'osservanza delle garanzie ivi previste, i controlli difensivi da parte del datore se diretti ad accertare comportamenti illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale, tanto più se disposti *ex post*, ossia dopo l'attuazione del comportamento in addebito, così da prescindere dalla mera sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa» (Cass. 28.5.2018, n. 13266, in *MGC*, 2018). Al di là della questione relativa alla legittimità dei controlli cd. difensivi e della loro riconducibilità o meno all'art. 4 nella sua formulazione attualmente vigente (In tal senso, cfr.: Nuzzo 2018; *Idem* 2020; Raimondi 2019; *contra*, Marazza 2016), è criticabile la distinzione tra controllo *ex post* e sorveglianza della prestazione, perché confonde i due piani. Un conto, infatti, è il momento in cui il datore di lavoro entra in possesso dell'informazione acquisita tramite un controllo, e altro conto, invece, è quando il controllo viene realizzato. Esso, proprio perché finalizzato a far valere precisi inadempimenti contrattuali, è necessariamente effettuato durante l'orario di lavoro, sebbene in forma impersonale.

4. — La Cassazione, sebbene non abbia avuto modo di esprimersi sugli aspetti soltanto accennati, ha sostenuto implicitamente che il controllo sull'attività lavorativa è lecito se il datore di lavoro ha rispettato l'obbligo di rendere l'informativa al lavoratore circa le modalità in cui il controllo può avvenire. La sentenza, chiaramente, non è entrata nel merito del contenuto della comunicazione datoriale, ma ha affermato, indirettamente, il principio della liceità del controllo a distanza in caso di idonea informativa, al lavoratore, delle modalità con cui sono effettuati i controlli.

Questa parte della sentenza, invero, suscita più di una perplessità. Non si comprende, infatti, come possa essere ritenuta adeguata l'informativa datoriale resa prima della modifica legislativa del 2015, quando i controlli a distanza sulla prestazione lavorativa erano, comunque, vietati. L'attuale formulazione dell'art. 4 St. lav., infatti, pone l'obbligo di far comprendere al lavoratore le modalità di uso degli strumenti e come vengono eseguiti i controlli. Per tale motivo, essa, intanto, dovrà avere a oggetto sia le apparecchiature e gli strumenti da cui possa derivare la possibilità di controllo e che siano stati autorizzati in sede sindacale o amministrativa, sia gli strumenti per l'esecuzione della prestazione lavorativa e quelli per la registrazione degli accessi e delle presenze nei luoghi di lavoro in dotazione dei dipendenti. L'adeguatezza dell'informativa, inoltre, deve essere valutata alla luce dei principi in materia di *privacy*, così come il successivo trattamento dei dati, che deve rispettare i principi di proporzionalità, attinenza e non eccedenza rispetto allo scopo per cui il controllo viene effettuato. Di conseguenza, non è sufficiente, in proposito, una informativa generalizzata, contenuta in un eventuale regolamento aziendale portato alla conoscenza di tutti i dipendenti (Raimondi 2019, 84 ss.; *contra*, Maresca 2016, 528). In realtà, non è neppure sufficiente affermare che «il datore di lavoro [...] deve dare al lavoratore adeguata informazione delle modalità di effettuazione dei controlli ovvero previamente avvisare il lavoratore che la sua attività potrebbe essere controllata mediante tale strumento e come sarà eventualmente esperito il controllo» (T. Roma 13.6.2018, in *DeJure*). Il rinvio alla disciplina contenuta nel Codice, infatti, impone di adottare una informativa quanto meno conforme alle prescrizioni di cui al Regolamento (Ue) 2016/679. Si è del-

l'opinione, quindi, che siffatta informativa dovrebbe essere differenziata, al fine di consentire a ciascun dipendente, in ragione della posizione professionale ricoperta e degli strumenti messi a sua disposizione per svolgere le mansioni assegnate, di sapere in anticipo le modalità con cui il datore di lavoro può entrare in possesso di informazioni in grado di consentirgli la valutazione dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali. Del resto, questo tipo di interpretazione sembra essere quella maggiormente coerente con la necessità di tutelare la riservatezza del lavoratore, oggi assicurata, nel nuovo corso del diritto del lavoro, dalla necessaria trasparenza e conoscibilità di ogni possibile ingerenza nella vita privata, che costituisce uno degli elementi di bilanciamento del potere di controllo tecnologico, oramai inevitabile nelle attuali forme di organizzazione del lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro) dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 300.
- Maresca A. (2016), *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, n. 4, I, 512 ss.
- Nuzzo V. (2018), *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, ESI, Napoli.
- Nuzzo V. (2020), *Il ragionevole sospetto di illecito e la possibilità di controlli difensivi occulti all'esame della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Labor*, 208 ss.
- Raimondi E. (2019), *Potere di controllo, tutela della riservatezza e lavoro agile*, in q. *Riv.*, n. 1, I, 69 ss.
- Salimbeni M.T. (2015), *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, n. 3, I, 589 ss.

Enrico Raimondi
Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «Gabriele d'Annunzio»

CASSAZIONE, 10.2.2020, n. 3076 – Pres. Patti, Est. Cinque, P.M. Mastroberardino (diff.) – Poste italiane Spa (avv. De Luca Tamajo) c. E.G. (avv. Gallicchio).

Cassa Corte d'Appello di Napoli, 5.6.2018.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Condotta extralavorativa – Illegittimità – Tutela reale attenuata – Ambito di applicazione – Insussistenza del fatto contestato – Fatto «giuridico» – Esclusione.

La tutela reintegratoria ex art. 18, c. 4, St. lav. novellato, applicabile ove sia ravvisata l'«insussistenza del fatto contestato», comprende l'ipotesi di assenza ontologica del fatto e quella di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ma non già il difetto degli elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo (cd. fatto «giuridico»), in quanto, nel sistema della l. n. 92 del 2012, il giudice deve in primo luogo accettare se sussistano o meno la giusta causa e il giustificato motivo di recesso, e, nel caso in cui escluda la ricorrenza di una giustificazione della sanzione espulsiva, deve poi svolgere, al fine di individuare la tutela applicabile, una ulteriore disamina sulla sussistenza o meno delle condizioni normativamente previste per l'accesso alla tutela reintegratoria. (1)

(1) ANCORA SULLA INSUSSISTENZA DEL FATTO CONTESTATO

1. — Il caso in esame, giunto per la seconda volta all'attenzione della Cassazione, concerne un licenziamento per giusta causa intimato a un lavoratore a seguito di una condanna penale per fatti non commessi in costanza di rapporto di lavoro.

Nei primi due gradi di giudizio, venivano accolte le doglianze del dipendente in merito all'illegittimità del licenziamento e, dichiarato risolto il rapporto di lavoro, il datore veniva condannato: in primo grado, a risarcire il lavoratore con un'indennità pari a sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto goduta ai sensi del c. 6 dell'art. 18 St. lav., come novellato dalla l. n. 92 del 2012; in secondo grado, a corrispondere un'indennità risarcitoria pari a 12 mensilità, in applicazione della tutela indennitaria «forte» di cui al c. 5 dell'art. 18. La Cassazione, chiamata a intervenire per la prima volta sul caso, con la sentenza n. 24259 del 2016 (Cass. 29.11.2016, n. 24259, in *DeJure*) cassava la decisione di secondo grado, rinviando alla stessa Corte – in diversa composizione – al fine di: a) accettare se i fatti alla base della sentenza di applicazione della pena inflitta al lavoratore fossero stati commessi anteriormente alla data di assunzione; b) verificare il momento in cui la società datrice era venuta a conoscenza dell'esatto contenuto della sentenza; c) constatare se i fatti di reato contestati al lavoratore potessero incidere sul vincolo fiduciario tra i contraenti, non solo astrattamente, ma in concreto.

Il giudice di rinvio, in applicazione dei principi indicati dal giudice di legittimità, confermava la dichiarazione di illegittimità del licenziamento e procedeva con l'annul-

lamento del recesso e la conseguente condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore oltre al risarcimento del danno, quantificato in 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita, e la regolarizzazione previdenziale e assistenziale, secondo quanto sancito dal c. 4 dell'art. 18 St. lav. Nel merito, la Corte d'Appello di Napoli ha ritenuto di dover applicare la tutela reintegratoria «per insussistenza del fatto da intendersi in senso giuridico e non meramente materiale», poiché i fatti di reato alla base del licenziamento erano avvenuti al di fuori del rapporto di lavoro e, seppur rilevanti penalmente, non erano idonei a incidere sull'elemento fiduciario della collaborazione.

La società datrice impugnava la decisione, riportando il caso nuovamente di fronte alla Corte di legittimità e fondando il ricorso su tre motivi. *In primis*, contestava la violazione o falsa applicazione dell'art. 2119 c.c. nonché dell'art. 1 della l. n. 604 del 1966, poiché – a suo dire – la Corte d'Appello aveva errato nel ritenere che la condotta del lavoratore, condannata penalmente, non fosse idonea a integrare un'ipotesi di giusta causa di recesso. La seconda dogliananza si fondata sulla violazione e falsa applicazione dei cc. 4 e 5 dell'art. 18 St. lav., come modificato dalla l. n. 92/2012, poiché i giudici di seconde cure avrebbero errato nell'applicare al caso di specie la tutela reintegratoria e non la tutela indennitaria forte. L'errore della Corte, secondo il ricorrente, era da ravvisare nell'indagine condotta sulla sussistenza del fatto contestato, considerato impropriamente in senso giuridico e non materiale. Infine, si contestava la violazione o falsa applicazione dell'art. 7 St. lav. e dell'art. 2697 c.c., poiché la Corte di merito aveva erroneamente ritenuto che fosse onere del datore di lavoro dimostrare la non immediata conoscenza della sentenza penale di condanna del lavoratore e per avere considerato il ritardo nella reazione datoriale quale elemento determinante l'illegittimità del recesso.

La Cassazione, con la sentenza in epigrafe, ha dichiarato inammissibile il primo motivo di ricorso, ritenendo che la Corte di rinvio ha interpretato correttamente i principi di diritto affermati dalla precedente pronuncia di legittimità (Cass. n. 24259/2016, cit.); ha accolto il secondo motivo e assorbito il terzo. Nel cassare con rinvio il secondo motivo, i giudici di legittimità sono tornati a pronunciarsi sulla questione della insussistenza del fatto contestato che, a seguito della riforma dell'art. 18 St. lav., ha richiesto grande sforzo interpretativo sia da parte della dottrina che della giurisprudenza, peraltro non pervenendo ancora a un orientamento univoco, come questa stessa decisione sembra confermare.

2. — A giudizio della Cassazione, l'interpretazione operata dai giudici di seconde cure non è condivisibile, laddove si afferma che la insussistenza del fatto contestato debba identificarsi con il difetto degli elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo di licenziamento nel medesimo fatto. Questa conclusione, a detta del giudice di legittimità, presenta due profili di errore: il primo riguarda l'aspetto metodologico dell'accertamento condotto ai fini della dichiarazione di legittimità del recesso e dell'applicazione della tutela, e il secondo verte proprio sull'elemento sostanziale della identificazione della sussistenza o meno del fatto contestato.

In merito al primo aspetto, il giudice del rinvio avrebbe dovuto procedere a una valutazione bifasica procedendo prima ad accettare l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento, poi a individuare la tutela applicabile al caso di specie.

Il percorso ermeneutico così tracciato, ricalca l'orientamento delle S.U. (Cass. 27.12.2017, n. 30985, S.U., con nota di Raimondi, Speziale, in q. *Riv.*, 2018, II, 346 ss.), che può dirsi certamente ispirato da una parte della dottrina che fin dai primi vati del novellato art. 18 St. lav. aveva optato per la valutazione in due tempi (Maresca 2012, 438 ss.; Riverso 2013, 4; De Luca Tamajo 2015, 272; sull'utilità logica ma non sempre rispondente all'effettivo andamento del giudizio, vd. Nogler 2015). Secondo questo orientamento è prioritario accertare l'esistenza della giusta causa e del giustificato motivo di recesso, poiché la legge di riforma del 2012 di fatto non ha apportato modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali dettata dalla l. n. 604 del 1966, laddove sancisce che il licenziamento del prestatore può avvenire solo per giusta causa o per giustificato motivo. Dunque, solo a seguito dell'esclusione della ricorrenza di una giustificazione del recesso, il giudice procede con un ulteriore accertamento finalizzato a identificare se la tutela applicabile al licenziamento illegittimo sia quella reintegratoria attenuata oppure la tutela indennitaria forte di cui rispettivamente ai cc. 4 e 5 dell'art. 18. Ai fini dell'applicazione del c. 4, il giudice deve quindi constatare l'esistenza di una delle due condizioni stabilite per la reintegrazione del lavoratore, ovvero l'insussistenza del fatto contestato oppure il riscontro della condotta alla base del recesso illegittimo nel novero delle condotte punibili con una sanzione conservativa secondo le previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili. Qualora non fosse rilevata almeno una delle due condizioni, il regime di tutela da adottare è quello indennitario forte, a cui secondo la Cassazione è «volontà del legislatore di attribuire [...] una valenza di carattere generale».

Passando alla disamina del secondo profilo di errore individuato dal giudice di legittimità nella decisione della Corte territoriale, si rileva immediatamente – ad avviso di chi scrive – una forzatura interpretativa. La Cassazione, infatti, richiamando un precedente orientamento (Cass. 13.10.2015, n. 20545, in q. *Riv.*, 2016, II, 31 ss., con nota di Federici; Cass. 5.12.2017, n. 29062, in *Defure*; Cass. 7.2.2019, n. 3655, in *Defure*), ha affermato che la tutela reintegratoria per insussistenza del fatto contestato comprende sia l'assenza ontologica del fatto, sia l'ipotesi del fatto sussistente seppur privo del carattere di illiceità, «ma non certamente disciplina un concetto di "fatto giuridico"». A questo punto, il percorso che avrebbero dovuto seguire i giudici di seconde cure, dopo aver escluso la giusta causa di recesso, era quello di valutare se il fatto addebitato, sussistente nella sua materialità, presentasse o meno quei caratteri di illiceità, in assenza dei quali la fattispecie sarebbe rientrata tra le «altre ipotesi» di cui all'art. 18, c. 5, St. lav. Dunque la Cassazione segue un orientamento che, a suo dire, esclude certamente la rilevanza del fatto inteso in senso giuridico, sebbene verrebbe da pensare che il vaglio della liceità o meno della condotta contestata al lavoratore abbia poco di materiale.

3. — I giudici di legittimità hanno dunque riaffermato che il fatto rilevante ai fini del licenziamento, e la cui insussistenza comporta la tutela reintegratoria, deve essere inteso in senso materiale e non giuridico. Come noto, l'esatta definizione della nozione di insussistenza del fatto contestato, fin dalla riforma del 2012, ha assunto un'importanza cruciale poiché consente di definire l'ambito di residua operatività della tutela reale. La dottrina si è subito divisa tra sostenitori del fatto materiale (Maresca 2012; De Luca Tamajo 2017) e fautori del fatto giuridico (Speziale 2012;

Barbieri 2013; Carinci 2013, 496; Mazzotta 2013), mentre la giurisprudenza ha seguito un percorso meno lineare, caratterizzato anche da orientamenti di merito spesso contrapposti agli orientamenti di legittimità, di cui il caso di specie ne è esempio. Nel suo percorso interpretativo la Cassazione, pronunciandosi sulla nuova disciplina dell'art. 18 in via del tutto incidentale, in un primo momento (Cass. 7.5.2013, n. 10550, in *DeJure*) ha fatto esplicito riferimento alla «qualificazione del fatto (giuridico)», aprendo uno spiraglio a questa teoria interpretativa già sostenuta da molte decisioni di merito, ma con l'arresto del 2014 (Cass. 6.11.2014, n. 23669, in *FI*, 2014, I, 3418 ss., con nota di richiami di Perrino A. e nota di De Luca M.) ha sgombrato il campo da ogni dubbio affermando che la tutela reintegratoria può essere applicata solo «in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto». Tralasciando in questa sede le critiche, assolutamente condivisibili, mosse a questo orientamento di legittimità da ben più autorevole dottrina (Carinci 2015), si rileva come a questo primo arresto della Suprema Corte, estremamente formalista, siano seguite pronunce di legittimità che, sebbene abbiano inteso mantenere ferma la verifica dell'insussistenza del fatto contestato inteso in senso materiale, si sono indirizzate verso una interpretazione più garantista, riconducendo nella ipotesi di insussistenza materiale anche la licetità o la rilevanza giuridica del fatto contestato (Cass. 13.10.2015, n. 20540, in *RIDL*, 2016, II, 102 ss., con nota di Mazzotta O.; Cass. 20.9.2016, n. 18418, in *Labor aggiornamenti*, 10 dicembre 2016).

4. — Nella pronuncia in esame interessa anche come il giudice di legittimità sia giunto a riconoscere la sussistenza del fatto una volta accertata l'illegittimità del recesso privo di giustificazione. Nel caso di specie, la condotta extralavorativa del prestatore, costituente reato accertato con sentenza passata in giudicato, secondo la Corte è «rilevante sul rapporto di lavoro a prescindere da apposite previsioni in tal senso del contratto collettivo» e la verifica del suo carattere di illecità, non riconducibile alla responsabilità disciplinare, cosa condivisibile, deve essere «parametrata alla rilevanza giuridica che il comportamento del soggetto può rivestire, con riguardo al “disvalore sociale oggettivo del fatto commesso nel contesto del mondo dell'azienda”, in virtù di una non perfetta sovrappponibilità tra sistema penale e sistema disciplinare (stante la autonomia tra i due giudizi), onde evitare la conseguenza che ogni condotta, comunque accertata come reato, sarebbe illecita e, quindi, idonea a giustificare un licenziamento», aggiungendo che «un reato contravvenzionale colposo, commesso prima dell'instaurazione del rapporto di lavoro ma accertato successivamente, è certamente diverso dalla commissione di un delitto la cui violazione del bene giuridico protetto, in termini di antigiridicità, può incidere in modo più intenso e concreto nell'ambito del rapporto lavorativo contrattuale tra datore e dipendente».

Dunque i giudici di legittimità, per la verifica del carattere di illecità del fatto contestato, hanno escluso la riconduzione dello stesso alla responsabilità disciplinare del prestatore poiché la condotta *de qua* si è perfezionata in un momento in cui non si configurava alcun obbligo di diligenza e/o di fedeltà *ex artt. 2104 e 2105 c.c.*, ma hanno argomentato sulla rilevanza giuridica del comportamento penalmente rilevante tenuto dal lavoratore e, contrariamente agli orientamenti che vorrebbero far sparire il

giudizio di proporzionalità sulla sussistenza del fatto, hanno introdotto pacificamente un giudizio di proporzionalità secondo il quale si va a graduare l'illiceità di un addebito, costituente anche una fattispecie di reato, a seconda del rilievo che esso assume sul rapporto di lavoro; ma per essere provocatori si potrebbe assumere che la semplice contestazione di un reato dovrebbe bastare a escludere la liceità del fatto contestato.

5. — In conclusione, a parere di chi scrive, la soluzione esegetica cui perviene il Supremo Collegio con la decisione in commento non è del tutto condivisibile, poiché se il fatto contestato, come dimostrato nel merito e accolto dagli stessi giudici di legittimità è privo di giustificazione ed è anche estraneo al rapporto di lavoro, in conformità, alla giurisprudenza ormai consolidata, poteva essere ritenuto insussistente. In particolare, considerando la copiosa elaborazione giurisprudenziale anche recente in merito ai licenziamenti per condotte extralavorative, a proposito delle tutele da applicare si evince che i principi enunciati confermano che, laddove la condotta sia comunque disciplinariamente rilevante e non si ricada in una delle ipotesi punite con sanzione conservativa dalla contrattazione collettiva o dai codici disciplinari, si applica il c. 5 dell'art. 18; nelle altre ipotesi non si può che considerare la tutela reintegratoria per insussistenza (giuridica) del fatto, come in questo caso in cui la condotta non è disciplinariamente rilevante.

Riferimenti bibliografici

- Barbieri M. (2013), *La nuova disciplina del licenziamento individuale. Profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 9 ss.
- Carinci F. (2013), *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, n. 3, I, 461 ss.
- Carinci F. (2015), *Il licenziamento disciplinare*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Adapt labour studies, e-book series n. 46.
- De Luca M. (2014), *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*, in *FI*, I, 3418 ss.
- De Luca Tamajo R. (2015), *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, «fatto» contestato*, in *ADL*, n. 2, I, 269 ss.
- De Luca Tamajo R. (2017), *(In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare*, in B. Caruso (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona». Collective Volumes, n. 7, 38 ss.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, 415 ss.
- Mazzotta O. (2013), *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 St. lav.*, in M. Cinelli et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 235 ss.
- Mazzotta O. (2016), *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, II, 102 ss.

- Nogler L. (2015), *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in G. Ferraro (a cura di), *Licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Cedam, Padova, 39 ss.
- Raimondi E., Speziale V. (2018), *Licenziamento disciplinare e tardività della contestazione: la «terza via» della Corte di Cassazione*, in q. Riv., II, 346 ss.
- Riverso R. (2013), *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 177.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in RIDL, I, 552 ss.
- Speziale V. (2014), *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza (Parte I)*, in q. Riv., I, 369 ss.

Milena Anna Impicciatore
Dottoressa di ricerca e docente di Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «Gabriele d'Annunzio»

CASSAZIONE, 28.1.2020, n. 1867, S.U. — Pres. Travaglino, Est. Doronzo, P.M. Matera (conf.) — O.L. (avv.ti Fezzi, Borali, Del Vecchio) c. Il Sole 24 Ore Spa (avv.ti Balbis, Bianchi).
Ord. Cass. 24.5.2019, n. 14262, di rimessione alle S.U. su sentenza della Corte d'Appello di Milano 17.12.2014.

Giornalisti – Collaboratore fisso *ex art. 2 del Cnlg* – Esclusività della prestazione – Iscrizione nell’elenco dei pubblicisti – Nullità del contratto – Esclusione – Diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro.

Nell’ambito del lavoro giornalistico, l’attività svolta dal collaboratore fisso rientra nel concetto di «professione giornalistica», per l’esercizio della quale è sufficiente e indifferente che il collaboratore sia iscritto nell’elenco dei professionisti o in quello dei pubblicisti; conseguentemente il rapporto di lavoro giornalistico subordinato del collaboratore fisso iscritto nell’elenco dei pubblicisti non è nullo per violazione dell’art. 45 della legge professionale. (1)

**(1) IL CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO
DEL COLLABORATORE FISSO PUBBLICISTA NON È NULLO**

SOMMARIO: 1. Il precedente quadro giurisprudenziale. — 2. L’intervento estensivo della sentenza Cass. 4.2.2019, n. 3177. — 3. L’ordinanza interlocutoria di rimessione alle Sezioni Unite: Cass. 24.5.2019, n. 14262. — 4. La portata innovativa del principio di diritto espresso dalla Cass. 28.1.2020, n. 2020, S.U. — 5. I lavori preparatori della legge 3.2.1963, n. 69. — 6. Conclusioni.

1. — *Il precedente quadro giurisprudenziale* — Con la sentenza in commento, le S.U. della Cassazione sono intervenute sull’annosa questione della validità o meno del rapporto di lavoro giornalistico intercorso tra un editore e un collaboratore fisso che, pur svolgendo attività giornalistica in via esclusiva, non sia iscritto nell’elenco dei giornalisti professionisti, bensì in quello dei pubblicisti.

Secondo, infatti, un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, per l’esercizio dell’attività giornalistica di redattore ordinario è necessaria l’iscrizione all’albo dei giornalisti professionisti, a pena di nullità del contratto per violazione dell’art. 45 della legge professionale 3.2.1963, n. 69, fatti salvi gli effetti di cui all’art. 2126 c.c. (1).

Ciò in quanto, secondo tale interpretazione maggioritaria, l’art. 45 della legge del 3.2.1963, n. 69, quando si riferisce agli iscritti all’«albo professionale» intenderebbe i

(1) Cfr., tra le tante: Cass. 29.12.2006, n. 27608, in *RFI*, voce *Giornalista*, n. 5; Cass. 28.10.2016, n. 21884, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1043; Cass. 21.4.2017, n. 10158, in *RFI*, voce *Giornalista*, n. 6.

soli giornalisti professionisti, con esclusione dei pubblicisti. In realtà, tale norma professionale, nel testo vigente prima della sua riforma, prevedeva semplicemente che: «Nessuno può assumere il titolo né esercitare la professione di giornalista se non è iscritto nell'albo professionale. La violazione di tale disposizione è punita a norma degli artt. 348 e 498 c.p., ove il fatto non costituisca un reato più grave». Come si evince chiaramente dalla semplice lettura testuale, la norma parla di «titolo», di «professione giornalistica» e di «albo professionale» senza operare alcuna specifica ed espressa distinzione tra il giornalista professionista e il giornalista pubblicista.

Ciò non di meno, la Cassazione assolutamente prevalente ha sempre interpretato la detta norma nel senso di ritener che solo il giornalista iscritto nell'elenco dei professionisti (che compone l'albo professionale insieme all'elenco dei pubblicisti) può esercitare in modo esclusivo e continuativo la professione giornalistica; con la conseguenza che il rapporto di lavoro giornalistico subordinato di redattore ordinario instaurato con un pubblicista è da considerarsi nullo per contrarietà a norme imperative (2), con diritto al solo trattamento economico *ex art. 2126 c.c.*

Tale orientamento era limitato allo specifico caso della nullità del contratto di lavoro stipulato dal pubblicista quale redattore ordinario *ex art. 1* del contratto nazionale di lavoro giornalistico (di seguito, Cnlg), e non quindi nell'ipotesi del collaboratore fisso *ex art. 2 Cnlg* (3); ciò in ragione del fatto che le mansioni di collaboratore fisso non prevedono un impegno lavorativo quotidiano, ma solo continuativo, e quindi sono sempre state ritenute compatibili con lo *status* di giornalista pubblicista (ovvero colui che può svolgere anche altre professioni).

2. — *L'intervento estensivo della sentenza Cass. 4.2.2019, n. 3177* — Ma per la prima volta, con la sentenza dalla Cassazione del 4.2.2019, n. 3177 (4), che ha di poco preceduto la sentenza in commento, tale interpretazione giurisprudenziale è stata estesa anche al caso del collaboratore fisso che svolge l'attività giornalistica in via esclusiva. Ciò, nonostante nel frattempo fosse intervenuta la modifica dell'art. 45 della legge professionale a opera della legge n. 198/2016, che ha espressamente e specificamente previsto che la professione giornalistica può essere legittimamente esercitata in forma subordinata sia dai giornalisti professionisti che dai pubblicisti: «Nessuno può assumere il titolo, né esercitare la professione di giornalista, se non è iscritto nell'elenco dei professionisti ovvero in quello dei pubblicisti dell'albo istituito presso l'Ordine».

Eppure i giudici di legittimità, nella sentenza sopra richiamata, hanno affermato che l'attività giornalistica svolta da un collaboratore fisso in modo continuativo ed esclusivo a scopo di guadagno rientra pur sempre nel concetto di «professione giornalistica» che, in quanto tale, è bisognosa di previa iscrizione nell'elenco dei giornalisti professionisti, a pena di nullità del contratto; attribuendo così carattere meramente esplicativo e non innovativo alla norma di modifica dell'art. 45 della legge professionale e come tale inidonea a incidere sull'originario impianto della legge.

(2) Per una rassegna ragionata dei contrasti interpretativi dottrinari e giurisprudenziali su tale tema, sia prima che subito dopo l'entrata in vigore della legge professionale, vd. Sacco 1967.

(3) Sulla figura del collaboratore fisso, vd. D'Amati 1989, 105 ss.

(4) Vd. Alvaro 2019.

Con la suddetta sentenza è stata quindi portata all'estreme conseguenze l'interpretazione dell'allora prevalente giurisprudenza di legittimità, sostenendo il principio di diritto per il quale anche il rapporto di lavoro del collaboratore fisso *ex art. 2* del Cnlg svolto in via esclusiva è nullo se il giornalista non è iscritto nell'elenco dei professionisti, essendo precluso al pubblicista di svolgere l'attività giornalistica subordinata in via esclusiva, non solo come redattore ordinario, ma anche come collaboratore fisso.

3. — *L'ordinanza interlocutoria di rimessione alle Sezioni Unite: Cass. 24.5.2019, n. 14262* — Proprio a seguito del contrasto giurisprudenziale creato da tale sentenza con riferimento alla qualifica del collaboratore fisso, l'ordinanza interlocutoria di Cass. 24.5.2019, n. 14262 (5), ha rimesso alle Sezioni Unite l'interpretazione della norma contrattuale in questione, seppure limitatamente all'inquadramento del collaboratore fisso *ex art. 2* Cnlg (qualifica sulla quale verteva la controversia). Nella motivazione dell'ordinanza interlocutoria viene criticato l'impianto argomentativo contenuto nel precedente giurisprudenziale sopra analizzato, con particolare riferimento all'interpretazione sistematica delle norme di settore sia di legge che contrattuali. Con il provvedimento interlocutorio i giudici di legittimità evidenziano, in particolare, che l'art. 1 della legge professionale 3.2.1963, n. 69, stabilisce che appartengono all'Ordine dei giornalisti sia i giornalisti professionisti sia i pubblicisti, iscritti nei rispettivi elenchi dell'unico albo professionale; che l'attività giornalistica diventa professione in quanto esercitata «in modo esclusivo e continuativo» e che l'esclusività professionale non è richiesta, ma neppure esclusa, per i pubblicisti e che possono esercitare «anche» altre professioni e impieghi. In perfetta coerenza con tale quadro normativo, i giudici di legittimità hanno ritenuto che la nuova formulazione dell'art. 45 della legge professionale non fa altro che specificare che la professione giornalistica è legittimamente esercitata sia dai professionisti che dai pubblicisti, tutti rientranti nella categoria generale del giornalismo e iscritti al medesimo albo professionale, composto dai due distinti elenchi. Con la conseguenza che anche per i pubblicisti (come pacificamente ritenuto per i giornalisti professionisti) deve esistere un'attività giornalistica subordinata legittimamente esercitabile.

A conferma di tale tesi l'ordinanza interlocutoria richiama l'art. 46 della legge professionale, proprio in quanto dichiarato incostituzionale nella parte in cui prevedeva che la carica di direttore e di vicedirettore responsabile di un giornale quotidiano o di un periodico o agenzia di stampa potesse essere svolta solamente da un iscritto nell'elenco dei giornalisti professionisti, con esclusione dei pubblicisti. La Corte costituzionale, con la sentenza 10.7.1968, n. 98, ha infatti affermato che l'iscrizione del direttore e del vicedirettore nell'albo, indipendentemente dal fatto che si tratti di professionisti o di pubblicisti, rende possibile la vigilanza dell'Ordine, nella quale si deve ravvisare il solo fondamento di legittimità di quell'obbligo.

Nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite si evidenzia inoltre che non servirebbe a contraddirre un tale impianto interpretativo l'analisi delle norme della contrat-

(5) Di rimessione alle S.U. su sentenza della Corte d'Appello di Milano del 17.12.2014: vd. Alvaro 2019. Cfr. Russo 2019, 873.

tazione collettiva. Se, infatti, l'art. 5 Cnlg riserva alcuni ruoli (come quelli di direttore, di redattore ordinario, di corrispondente nei grandi uffici delle capitali nazionali ed estere e di inviato speciale, da svolgere presso imprese editrici di giornali quotidiani) ai giornalisti professionisti, d'altro canto consente ai pubblicisti di svolgere attività come quelle di collaboratore fisso, di corrispondente nelle redazioni decentrate e negli uffici di corrispondenza e anche di redattore ai sensi dell'art. 36, c. 1, Cnlg, che disciplina la figura del pubblicista che svolge attività giornalistica di redattore in modo esclusivo e con le forme della subordinazione (6).

4. — *La portata innovativa del principio di diritto espresso dalla Cass. 28.1.2020, n. 2020, S.U.* — Tali tesi sono state sostanzialmente accolte dalle Sezioni Unite. Ma non solo. Si evidenzia fin da subito che, seppure la sentenza in commento ha espressamente specificato che l'oggetto di indagine fosse limitato al solo caso del pubblicista che svolge l'attività di collaboratore fisso *ex art. 2* del Cnlg, in realtà l'*iter* argomentativo espresso ha di fatto completamente – e giustamente, ad avviso di chi scrive – scardinato il precedente orientamento anche con riferimento alla qualifica del redattore.

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite hanno infatti enunciato il seguente principio di diritto: «In tema di rapporto di lavoro giornalistico, l'attività del collaboratore fisso espletata con continuità, vincolo di dipendenza e responsabilità di un servizio, rientra nel concetto di “professione giornalistica”. Ai fini della legittimità del suo esercizio è condizione necessaria e sufficiente l'iscrizione del collaboratore fisso nell'albo dei giornalisti, sia esso elenco dei pubblicisti o dei giornalisti professionisti: conseguentemente, non è affatto da nullità per violazione della norma imperativa contenuta nell'art. 45 della l. n. 69/1963 il contratto di lavoro subordinato del collaboratore fisso, iscritto nell'elenco dei pubblicisti, anche nel caso in cui svolga l'attività giornalistica in modo esclusivo».

Per giungere alla formulazione di tale principio di diritto le Sezioni Unite hanno confutato pezzo dopo pezzo le argomentazioni sui cui erano fondate le precedenti tesi della giurisprudenza di legittimità superandole *in toto*.

Le Sezioni Unite hanno infatti chiaramente affermato che i pubblicisti, al pari dei professionisti, sono giornalisti e si distinguono primariamente per il fatto che il pubblicista *può* (ma non deve) esercitare «altre professioni o impegni», a differenza del giornalista professionista la cui attività si caratterizza per il dovere di esclusività professionale; ritenendo, altresì, che non vi sono elementi da cui desumere che il legislatore o le parti del contratto collettivo abbiano voluto attribuire lo *status* di giornalista solo al giornalista professionista e negarlo al pubblicista.

Correttamente, pertanto, secondo la sentenza in commento non vi è una differenza ontologica tra le due *species*, come dimostra il fatto che entrambe sono sottoposte ai medesimi diritti e doveri (art. 2, legge professionale); ma si è piuttosto al cospetto di un diverso grado di professionalità, al pari di quello che può riscontrarsi tra le varie qualifiche contrattuali previste dalla contrattazione collettiva in un certo settore, segnato dall'entità dell'impegno profuso a beneficio dell'attività giornalistica e che giustifica la formazione dei due diversi elenchi, nonché, a monte, del diverso *iter* da se-

(6) Sull'interpretazione dell'art. 36 Cnlg, vd. Chiusolo, Borali 2009, 211.

guire per l'iscrizione nell'albo (art. 32, legge professionale, per il giornalista professionista, e art. 35, legge professionale, per il pubblicista). In conclusione, si tratta di due diverse *species* di una stessa categoria professionale (7).

Non vi è pertanto alcun dubbio che l'interpretazione dell'art. 45 della legge professionale fornita dalle Sezioni Unite della Cassazione è quella effettivamente rispondente alla volontà del legislatore e l'unica coerente con le norme di legge e contrattuali di settore.

La coerenza di tale interpretazione rispetto al quadro normativo di settore emerge chiaramente, oltre che dalle norme richiamate nella sentenza in commento, anche dal combinato disposto degli artt. 1, 3, 9 e 10 della legge professionale, dal quale risulta che i Consigli regionali e interregionali dell'Ordine sono costituiti da 6 professionisti e da 3 pubblicisti e, ove il presidente dell'Ordine sia scelto negli iscritti all'elenco dei professionisti, il vicepresidente deve essere scelto nell'elenco dei pubblicisti e viceversa. Questo significa che secondo la legge professionale la rappresentanza legale di un Ordine regionale o interregionale può essere attribuita anche a un iscritto nell'elenco dei pubblicisti.

Anche il Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti è eletto dagli iscritti a entrambi gli elenchi dell'albo e il Comitato esecutivo dell'Ordine nazionale deve essere per legge composto da 6 professionisti e 3 pubblicisti, e tra gli stessi vengono scelti il presidente, che deve essere un professionista, e il vicepresidente, che deve essere, invece, un pubblicista (ai sensi degli artt. 16 e 19 della legge professionale).

Come ricordato dalla sentenza in commento, le norme disciplinari previste dalla legge professionale si applicano a tutti i giornalisti, sia professionisti che pubblicisti, come dettato dagli artt. 2 («Diritti e doveri») e 48 («Procedimento disciplinare») ss. della legge professionale; a ciò si aggiunga che più di recente anche il codice deontologico dei giornalisti (fonte di rango secondario), allegato al Codice della tutela dei dati personali (8), esplica la sua efficacia soggettiva espressamente sia nei confronti dei giornalisti professionisti che dei pubblicisti.

Il richiamo, poi, operato dalle Sezioni Unite alla legge 5.8.1981, n. 416 («Disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria», come modificata dalla legge 23.12.2000, n. 388), al fine di rafforzare la tesi della legittimità per un pubblicista di svolgere attività giornalistica in modo esclusivo e «professionale» come collaboratore fisso, a ben vedere, travalica di gran lunga l'intento dichiarato, in quanto, in realtà, contribuisce a estendere la portata del principio di diritto espresso nella sentenza in commento anche nei confronti del pubblicista con qualifica di redattore *ex art.* 36 Cnlg. Ciò in quanto l'art. 38 della legge richiamata stabilisce che: «L'Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani "Giovanni Amendola" (Inpgi), ai sensi delle leggi 20.12.1951, n. 1564, 9.11.1955, n. 1122, e 25.2.1987, n. 67, gestisce in regime di sostitutività le forme di previdenza obbligatoria nei confronti dei giornalisti professionisti e praticanti e provvede, altresì, ad analoga gestione anche in favore dei giornalisti pubblicisti di cui all'articolo 1, commi secondo e quarto, della l. 3.2.1963, n. 69, titolari di un rapporto di lavoro subordinato di natura giornalistica. I giornalisti pubblicisti pos-

(7) Cfr.: De Michiel 2020, 467; Alvaro 2019, 401; Flaim 2020.

(8) D.lgs. 30.6.2003, n. 196, come modificato dal d.lgs. 10.8.2018, n. 101.

sono optare per il mantenimento dell'iscrizione presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale. Resta confermata per il personale pubblicista l'applicazione delle vigenti disposizioni in materia di fiscalizzazione degli oneri sociali e di sgravi contributivi...».

D'altronde, come sottolineato dalle Sezioni Unite, lo stesso contratto nazionale di lavoro giornalistico, efficace *erga omnes ex d.P.R. n. 153 del 1961*, all'art. 36 disciplina il caso del pubblicista che esercita attività giornalistica in via esclusiva, trovando in tal caso applicazione il trattamento economico e normativo previsto per i giornalisti professionisti: «Ai pubblicisti che prestano la loro opera con le caratteristiche e le modalità di cui agli articoli 1 e 2 del presente contratto presso aziende editrici di giornali quotidiani o agenzie di informazioni quotidiane per la stampa, compatibilmente con quanto disposto all'art. 5, si applicano le norme di cui agli articoli 3, 4, 6, 7, 8, 9 e 10 (limitatamente al 1°, 2° e 4° comma), 14, 15, 19, 24, 25, 26 e 28 (per quanto di ragione), 29 (per quanto di ragione), 30, 31, 32, 37 e 43 (*Omissis*)».

Le Sezioni Unite hanno, pertanto, correttamente precisato che il pubblicista «può», ma non «deve» esercitare altre attività oltre a quella giornalistica. Con la conseguenza che qualora un pubblicista abbia prestato attività in modo continuativo ed esclusivo in favore di un editore, come appunto nel caso di specie, la mancanza della qualifica di giornalista professionista gli preclude la possibilità di ottenere una pronuncia giudiziale che gli riconosca il diritto all'inquadramento come redattore *ex art. 1 Cnlg*, o alle più elevate qualifiche previste dall'art. 5, *Cnlg*, per le quali è richiesta la qualifica di giornalista «professionista», ma non l'instaurazione del rapporto di lavoro come collaboratore fisso o anche come redattore *ex art. 36, Cnlg*, ove ne ricorrono i requisiti dettati dalla fonte collettiva.

Ad abundantiam, si sottolinea come anche le norme statutarie e regolamentari dell'*Inpgi* (Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani) prevedono la figura del pubblicista titolare di un rapporto di lavoro subordinato, nonché il diritto dello stesso alle medesime prestazioni previdenziali previste per i giornalisti professionisti (9).

D'altronde, se oltre a esaminare le singole norme separatamente si analizza la legge professionale nel suo complesso, emerge che ogni qualvolta il legislatore parla di «albo professionale» il riferimento è a entrambi gli elenchi di cui lo stesso è costituito; mentre quando vuole riferirsi a uno solo dei due elenchi il richiamo è specifico. Così come accade nell'art. 46, che specifica espressamente l'«elenco dei giornalisti professionisti» per escludere dall'applicazione della norma i pubblicisti. In modo analogo, in tutta la legge professionale, quando viene usata la parola «giornalista/i» il legislatore si riferisce sia ai professionisti che ai pubblicisti. Quando invece una specifica norma si riferisce a una sola delle due categorie viene espressamente indicato il limitato ambito soggettivo; come ad esempio nell'art. 40, che prevede la cancellazione dall'albo per il venir meno del requisito dell'esclusività per i soli professionisti e in tal caso prevede la possibilità per gli stessi di passare nell'elenco dei pubblicisti.

5. — *I lavori preparatori della legge 3.2.1963, n. 69* — L'interpretazione a cui sono giunte le Sezioni Unite è condivisibile, non solo perché si integra in perfetta armonia con la normativa professionale e del contratto collettivo reso efficace *erga omnes* con

(9) Art. 3 dello Statuto *Inpgi* e art. 1 del Regolamento *Inpgi*.

d.P.R. 16.1.1961, n. 153 (così come emerge dall'attenta ricostruzione delle norme di legge e contrattuali operata dalla sentenza in commento), ma anche perché abbraccia pienamente la volontà del legislatore, così come emerge dai lavori preparatori della legge professionale.

Se si va, infatti, ad analizzare i lavori preparatori del d.d.l. sulla legge professionale, presentato dall'allora ministro di Grazia e Giustizia on. Gonnella di concerto con il ministro *ad interim* del Tesoro on. Tambroni, esaminato dalla Commissione giustizia in sede legislativa, si avrà l'ulteriore conferma della correttezza dell'interpretazione operata dalle Sezioni Unite.

Nel testo originale del disegno di legge sottoposto alle Camere (d.d.l. n. 1563 del 6.9.1959), l'art. 1 della legge professionale prevedeva inizialmente l'istituzione di un Ordine dei giornalisti professionisti e, presso questo, l'istituzione dell'elenco dei pubblicisti. L'impianto iniziale della legge fu sostanzialmente modificato per giungere a quello attuale: istituzione di un unico albo professionale comprendente le due categorie. In particolare, nella seduta per l'esame dell'art. 23 («Albo: istituzione»), il relatore Breganze così si esprime: «Da qui l'opportunità – secondo me – che in questo primo articolo relativo all'albo professionale si renda chiaro che si tratta di un duplice elenco e che poi, all'art. 24, là dove si parla di albo, questo abbia a riferirsi, evidentemente, sia all'uno sia all'altro settore». D'altra parte il sottosegretario di Stato per la grazia e giustizia Mannironi così si esprime: «quando si dice "albo professionale di Roma", si intende riferirsi all'albo dei giornalisti che contiene i due elenchi dei professionisti e dei pubblicisti» (10). Anche con riferimento alle norme sui procedimenti disciplinari il Relatore Breganze specifica: «L'albo comprende due elenchi fondamentali: quello dei professionisti e quello dei pubblicisti. Quindi, potremmo dire: "Gli iscritti nell'albo, negli elenchi speciali e nel registro". Così si comprendono tutti»; e il Presidente ribatte: «Se l'albo comprende i due elenchi, quando si dice "albo" si comprendono e i pubblicisti e i professionisti. Lasciamo quindi come è nel testo governativo» (11).

Dai lavori preparatori della legge professionale emerge, dunque, al di fuori di qualsiasi dubbio, che quando la legge ordinistica parla di «albo professionale» intende riferirsi sia ai giornalisti professionisti che ai pubblicisti.

Per quanto riguarda poi la figura del pubblicista e della sua «professionalità», dai lavori preparatori emerge che la Commissione giustizia discusse a lungo sulla stessa definizione da attribuire a tale categoria di giornalisti. Inizialmente il testo uscito dal comitato ristretto della Commissione giustizia era del seguente tenore: «Sono pubblicisti coloro che, pur esercitando altra professione o impiego e pur essendo iscritti anche ad altri albi professionali, svolgono un'attività non occasionale e retribuita di giornalista» (12). In sede di Commissione giustizia si aprì una discussione su quei «pur» che sembravano essere una concessione, mentre era intenzione del legislatore non escludere la possibilità che anche coloro che non svolgessero professioni o non fossero iscritte ad

(10) Cfr. lavori preparatori, III Legislatura, IV Commissione giustizia, seduta del 14.9.1962, 910.

(11) Cfr. lavori preparatori, III Legislatura, IV Commissione giustizia, seduta del 23.11.1962, 1149.

(12) Cfr. lavori preparatori, III Legislatura, IV Commissione giustizia, seduta del 15.6.1962, 723.

albi potessero avere la qualifica di pubblicisti. Alla fine si optò, pertanto, per il termine «anche», ritenuto inclusivo e non esclusivo a differenza del termine «pur». Per tale ragione il testo attuale dell'art. 1 della legge professionale così recita: «Sono pubblicisti coloro che svolgono attività giornalistica non occasionale e retribuita anche se esercitano altre professioni o impieghi».

Per volontà del legislatore, tale norma deve essere dunque interpretata nel senso che i pubblicisti possono anche non esercitare altre professioni o impieghi e, quindi, svolgere l'attività giornalistica in via esclusiva e professionale, purché tale attività giornalistica sia «non occasionale» e «retribuita».

L'esame dei lavori preparatori conferma, dunque, ulteriormente la piena smentita delle tesi poste alla base del precedente orientamento di legittimità, non solo però con riferimento al collaboratore fisso *ex art. 2 Cnlg*, ma anche con riferimento alla qualifica di redattore *ex art. 36 del Cnlg*.

6. — *Conclusioni* — Si ritiene pertanto che dall'esame del testo letterale dell'art. 45 della legge professionale, letto nel contesto sia delle singole norme, sia del generale impianto della legge professionale, nonché alla luce della volontà del legislatore come emerge dai lavori preparatori, emerge chiaramente e al di fuori di qualsiasi dubbio che il termine «albo professionale» ricomprende sia i professionisti che i pubblicisti, anche nella versione dell'art. 45 della legge professionale antecedente alla modifica.

In conclusione, seppure il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite è stato dichiaratamente circoscritto al caso del pubblicista che svolge attività di collaboratore fisso *ex art. 2 Cnlg*, non ci sono ragioni per negare che la «nuova» interpretazione dell'art. 45 della legge professionale sia perfettamente applicabile anche al caso del pubblicista che svolga attività giornalistica in via esclusiva e quotidiana come redattore, con conseguente diritto non solo al relativo trattamento economico, ma anche al pieno riconoscimento della validità del contratto di lavoro subordinato, con ogni conseguenza di legge anche in termini di riammissione o di reintegro in servizio. È infatti evidente che non sarà infatti più possibile ritenere che il contratto di lavoro stipulato con il pubblicista sia nullo *ex art. 45 della legge professionale* per esercizio abusivo della professione giornalistica.

La portata innovativa della pronuncia delle Sezioni Unite – nonostante le dichiarate intenzioni di limitarne l'ambito – finisce inevitabilmente per trascendere il caso specifico e per estendere i suoi effetti oltre il confine della qualifica di collaboratore fisso. Con la sentenza in commento, la posizione giuridica del pubblicista è stata finalmente e – si spera – definitivamente ricondotta nel suo corretto inquadramento giuridico-costituzionale; con la diretta conseguenza che il mancato possesso del requisito della iscrizione all'elenco dei professionisti non potrà più impedire l'instaurazione di un valido contratto di lavoro subordinato. L'accesso ai ruoli professionali e agli inquadramenti indicati dall'art. 5 Cnlg è stata quindi ricondotta coerentemente sul piano della contrazione collettiva, con tutt'al più conseguenze sulla nullità dell'assegnazione di tali incarichi professionali al pubblicista, ma senza incidere anche sulla nullità del rapporto contrattuale instaurato con l'editore (13).

(13) In tal senso, vd. Pallini 2020.

Si ritiene, pertanto, che la sentenza in commento non potrà non produrre un ripensamento della giurisprudenza fino a questo momento prevalente in tema di nullità del rapporto di lavoro del pubblicista, se si saprà valorizzare, da parte degli operatori del settore, la reale portata innovativa della decisione in esame.

Riferimenti bibliografici

- Alvaro F. (2019), *Il collaboratore fisso, iscritto all'albo dei giornalisti pubblicisti, può svolgere l'attività giornalistica in via esclusiva? La risposta alle Sezioni Unite*, in *MGL*, n. 2, 401 ss.
- Chiusolo S., Borali M. (2009), *Il Contratto nazionale di lavoro giornalistico commentato articolo per articolo*, Ordine dei giornalisti della Lombardia.
- D'Amati D. (1989), *Il lavoro del giornalista*, Cedam, Padova.
- De Michiel F. (2020), *Il rapporto di lavoro subordinato del giornalista collaboratore fisso: la soluzione delle Sezioni Unite*, in *ADL*, n. 2, 467 ss.
- Flaim G. (2020), *Le Sezioni Unite estendono la tutela dei diritti dei giornalisti pubblicisti che lavorano in subordinazione, in QG online*, in https://www.questionejustizia.it/articolo/le-sezioni-unite-estendono-la-tutela-dei-diritti-dei-giornalisti-pubblicisti-che-lavorano-in-subordinazione_07-05-2020.php.
- Pallini M. (2020), *Il rapporto di lavoro giornalistico: uno smart working ante litte-ram*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» IT*, n. 423.
- Russo M. (2019), *L'inquadramento del collaboratore fisso: la parola alle Sezioni Unite*, in *ADL*, n. 3, 873 ss.
- Sacco D. (1967), *Il contratto di lavoro giornalistico*, Jovene, Napoli.

Mara Parpaglioni
Avvocata del Foro di Roma

CASSAZIONE, 20.1.2020, n. 1109, ord. – Est. De Gregorio – XX (avv. YY)
c. XY Snc (avv. ZY).

Mobbing – Mobbing orizzontale – Responsabilità oggettiva del datore di lavoro – Esclusione.

Ai sensi dell'art. 2087 c.c., la responsabilità contrattuale del datore di lavoro va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentalistiche o tecniche del momento. Da ciò discende che il lavoratore che lamenti di avere subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, ha l'onere di provare, oltre all'esistenza di tale danno, la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'una e l'altra, e solo se il lavoratore abbia fornito tale prova sussiste per il datore di lavoro l'onere di provare di avere adottato tutte le cautele necessarie a impedire il verificarsi del danno. (1)

(1) LA RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO
PER CONDOTTE DI MOBBING ORIZZONTALE

1. — L'ordinanza annotata conferma, una volta di più, un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, per cui il datore di lavoro non solo sarebbe tenuto a rispettare il generale divieto di «*neminem laedere*» espresso dall'art. 2043 c.c., dalla cui violazione discende una responsabilità extracontrattuale, ma anche il più specifico obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore sancito dall'art. 2087 c.c., che integra le obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro, alla cui violazione conseguirebbe invece una responsabilità contrattuale (Ricostruisce approfonditamente l'articolo impianto normativo della disposizione codicistica Albi 2008).

In particolare il danno biologico, inteso come lesione dell'integrità psico-fisica della persona in sé considerata e a prescindere da ogni possibile rilevanza o conseguenza patrimoniale della lesione, potrebbe astrattamente configurarsi come conseguenza sia dell'uno che dell'altro regime di responsabilità.

Nel caso di specie, parte ricorrente lamentava una serie prolungata di reiterate condotte mobbizzanti – in violazione dell'art. 2087 c.c. – a opera di due colleghi, che avevano determinato l'insorgenza di una sintomatologia ansiosa, per cui erano stati poi anche riscontrati ulteriori stati patologici.

Ricondotta dunque la fattispecie di responsabilità oggetto di giudizio all'interno di quella contrattuale, la Corte ha stabilito che il lamentato inadempimento rispetto all'obbligo di adozione di tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore non condurrebbe all'interno di un regime di responsabilità oggettiva, fondata sul mero accertamento del danno biologico quale evento necessariamente e causalmente legato all'espletamento della prestazione lavorativa, come invece sostenuto da parte ricorrente. Al contrario, la Cassazione ha affermato il principio per cui, ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 2087 c.c., sia comunque necessario l'elemento soggettivo della colpa, intesa come violazione di una disposizione di legge

o di contratto ovvero di una regola di esperienza, dal momento che la predetta disposizione implicherebbe pur sempre la necessità per il datore di lavoro di essere a conoscenza delle condotte lesive dell'integrità psico-fisica dei lavoratori al fine di potervi porre rimedio mediante l'adozione di idonee misure di prevenzione.

2. — La necessaria sussistenza della colpevolezza in capo al soggetto ritenuto responsabile, che sarebbe propria tanto della responsabilità contrattuale quanto di quella aquiliana, dovrebbe quindi essere coordinata con il particolare regime probatorio della responsabilità contrattuale previsto dall'art. 1218 c.c.

In particolare, mentre il datore di lavoro sarebbe onerato della prova di aver ottemperato all'obbligo di protezione, il lavoratore sarebbe invece tenuto a provare sia la lesione all'integrità psico-fisica, sia il nesso di causalità tra tale evento dannoso e l'espletamento della prestazione lavorativa.

Tale principio, d'altro canto, risulta codificato da tempo nella giurisprudenza di legittimità (Cfr.: Cass. 3.3.2016, n. 4222, in *ilgiuslavorista.it*, 22 giugno 2016, con nota di Meiffret; Cass. 7.11.2007, n. 23162, in *OGL*, 2008, I, 141 ss.; Cass. 24.2.2006, n. 4184, in *Rivista italiana di medicina legale*; Cass. 2.5.2000, n. 5491, in *LG*, 2000, 830 ss., con nota di Nunin; Cass. 21.12.1998, n. 12763, in *MGL*, 1999, 287 ss.), tanto che anche la più recente sentenza Cass. 29.3.2019, n. 8911, ha avuto modo di ribadire che la responsabilità del datore per inadempimento dell'obbligo di prevenzione di cui all'art. 2087 c.c. non costituirebbe una fattispecie di responsabilità oggettiva, bensì colposa.

Da ciò discende che andrà valutato di volta in volta, in concreto, se sia effettivamente mancata la diligenza da parte del datore di lavoro nella predisposizione delle misure idonee a prevenire i danni per i lavoratori, in relazione all'attività lavorativa svolta. A tal proposito, è stato precisato che non potrebbe esigersi la predisposizione di misure generalmente idonee a fronteggiare qualsiasi causa di infortunio, anche quelle imprevedibili, dovendosi per converso poter individuare un concreto rischio rispetto al quale adottare appositi dispositivi di sicurezza e cautele.

In tale alveo si era già collocata, tra l'altro, Cass. 19.10.2018, n. 26495 (Reperibile all'indirizzo web https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=19245:cassazione-civile,-sez-lav-, -19-ottobre-2018,-n-26495-infortunio-con-una-troncatrice-nessuna-responsabilit%C3%A0-del-datore-se-la-macchina-%C3%A8-in-perfetto-stato-manutentivo,-provvista-di-protezione-e-se-c-%C3%A8-stata-formazione&catid=16&Itemid=138), affermando che l'art. 2087 c.c. non configurerebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro – di natura contrattuale – andrebbe pur sempre legata alla violazione delle specifiche regole di condotta imposte da norme di legge e suggerite dalle conoscenze tecniche e sperimentali del momento.

Da tali sentenze emergerebbe dunque un plurimo onere probatorio in capo al lavoratore che lamenti di avere subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, dal momento che sullo stesso graverebbe non solo la prova dell'esistenza del danno, ma anche della nocività dell'ambiente di lavoro e del nesso tra l'una e l'altra (Cfr.: Cass. 8.10.2018, n. 24742, reperibile all'indirizzo web https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=19171:cassazione-civile,-sez-lav-, -08-ottobre-2018,-n-24742-caduta-della-lavoratrice-scivolata-nella-carpetta-di-plastica-tra-).

sparente-in-ufficio-si-pu% C3%B2-parlare-di-inadempimento-datoriale&catid=16&Itemid=138; Cass. 5.8.2013, n. 18626, in *MGL*, 2013; Cass. 29.1.2013, n. 2038, in *MGC*, 2013). Soltanto a seguito di tale prova il datore di lavoro sarebbe onerato di dimostrare l'adozione di tutte le cautele necessarie ai fini dell'impedimento del danno.

3. — Nel caso di specie, la domanda di risarcimento dei danni avanzata da parte ricorrente era stata fondata su condotte di *mobbing* che sarebbero state tenute da alcune colleghe rispetto alle quali, dunque, si deduceva la responsabilità del datore di lavoro convenuto.

Sul punto, l'ordinanza annotata ha precisato che, al fine di configurare i comportamenti mobbizzanti, non sarebbe sufficiente una condotta meramente colposa, dal momento che occorrerebbe dimostrare un apposito e più intenso elemento psichico, come già stabilito dalla Suprema Corte (Cfr. Cass. 17.2.2009, n. 3785, in *MGL*, 2009, 683 ss.), per cui il *mobbing* consisterebbe in una serie di condotte ostili tenute dal datore di lavoro ovvero dal superiore gerarchico che finiscono per assumere forme di prevaricazione o di persecuzione psicologica, in maniera sistematica e protratta nel tempo, nei confronti del lavoratore, nell'ambiente di lavoro, da cui possano discendere mortificazione ed emarginazione, ledendo l'equilibrio psico-fisico e la personalità del dipendente [Cfr. Scarponi (2009), che lega la nozione di *mobbing* al tema, diverso ma connesso, delle molestie sul luogo di lavoro].

Sotto tale profilo, l'arresto annotato risulta in linea con i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità ai fini della configurabilità della condotta lesiva del datore di lavoro (Cfr.: Cass. 10.11.2017, n. 26684, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 2017; Cass. 6.8.2014, n. 17698, *ivi*, 2014; Cass. 24.11.2016, n. 24029, in *D&G online*, 25 novembre 2016). In tal senso, sono stati considerati come elementi indefettibili: la molteplicità di comportamenti persecutori, posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente; la lesione alla salute ovvero alla personalità del dipendente; il nesso eziologico tra la condotta del datore o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psico-fisica del lavoratore; la prova dell'elemento soggettivo, consistente in uno specifico intento persecutorio che unifica tutti i comportamenti lesivi.

In particolare, secondo tale orientamento, l'elemento affatto peculiare ai fini della configurabilità del *mobbing* dovrebbe ricercarsi nel predetto *animus*, a prescindere dalla legittimità o illegittimità dei singoli atti, come oltretutto già affermato dalla Corte costituzionale (Cfr. C. cost. 19.12.2003, n. 359, in *LPA*, 2003, II, 1197 ss., con nota di Loffredo).

La prova di tale intento vessatorio dovrebbe dunque essere fornita da chi lamenta di aver subito tali condotte, mentre sarà compito del giudice di merito accertarne o escluderne la sussistenza, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, così che l'eventuale illegittimità dei comportamenti rileverebbe solo indirettamente dal momento che, qualora manchino elementi probatori di segno contrario, essa potrebbe piuttosto essere indicativa dell'assenza dell'elemento soggettivo.

Per altro verso, la presenza di relazioni personali conflittuali sul luogo di lavoro, che fa sì che il datore di lavoro debba intervenire affinché sia ripristinata la serenità necessaria al corretto espletamento delle prestazioni lavorative, potrebbe essere ap-

prezzata dal giudice nell'ottica di escludere che le condotte lamentate siano state tenute al solo fine di mortificare la personalità e la dignità del lavoratore. In tal senso, l'ordinanza annotata risulta in linea con Cass. 21.5.2018, n. 12437, in *Massimario di giurisprudenza italiana*, 2018, per cui sarebbe configurabile il *mobbing* lavorativo laddove vi siano non solo una pluralità di comportamenti del datore di lavoro, ma anche l'elemento soggettivo dell'intento persecutorio.

4. — Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, la condotta contestata al datore di lavoro veniva invece prospettata in termini omissivi, in relazione alle colleghe della ricorrente, alle quali venivano direttamente imputati i comportamenti vessatori, così che si sarebbe trattato piuttosto di una fattispecie di cd. *mobbing* orizzontale, che potrebbe essere astrattamente addebitato al datore di lavoro sul presupposto che lo stesso ne fosse a conoscenza. D'altro canto, tale presupposto non sarebbe stato dimostrato dalla lavoratrice, sulla quale persisteva l'onere probatorio dell'elemento psichico. Infatti, secondo una lettura dell'art. 2087 c.c. che ne escluda qualsiasi interpretazione in termini di responsabilità oggettiva, l'elemento della colpevolezza imputabile al datore di lavoro andrebbe legato all'effettiva conoscenza da parte sua della presenza di una situazione potenzialmente pericolosa alla quale porre rimedio.

In tale prospettiva, parte ricorrente sarebbe stata comunque tenuta a dimostrare, in relazione alle asserite condotte dolose poste in essere dalle autrici materiali della stessa, ai sensi degli artt. 2087 e 1218 c.c., la colpa di parte datoriale, con conseguente prova liberatoria a suo carico, a condizione che risultasse dimostrata la conoscenza in capo a essa della dolosa attività persecutoria realizzata dagli altri dipendenti.

D'altro canto, la responsabilità ex art. 2049 c.c., per i danni arrecati dal fatto illecito dei domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti, richiederebbe che essi abbiano perseguito, con il comportamento dannoso, finalità coerenti con le mansioni affidate e non estranee all'interesse del padrone o committente (Cfr.: Cass. 4.6.2007, n. 12939, in *RCP*, 2007, 2436 ss.; Cass. n. 22343 del 2006, in *MGC*, 2006, 10); circostanza questa che con tutta evidenza implicherebbe una prova a dir poco ardua.

Dall'esame della citata giurisprudenza di legittimità appare dunque acquisito il dato per cui la violazione dell'art. 2087 c.c. andrebbe letta pur sempre con la lente della colpevolezza imputabile al datore di lavoro, secondo una esegeti che con tutta evidenza tende ad allargare, rispetto al disposto dell'art. 1218 c.c., le ipotesi di esclusione di responsabilità del datore di lavoro, debitore dell'obbligazione relativa alle misure necessarie a tutela dell'integrità e della personalità morale dei lavoratori.

A ben vedere, si tratta di una opzione ermeneutica che, pur coerente con la non semplice categorizzazione della fattispecie del *mobbing* (sulle cui possibilità di essere individuato e definito sembra avanzare dubbi Carinci 2004), rischia di smagliare il tessuto normativo relativo alle reciproche obbligazioni delle parti del contratto di lavoro, aggravando in maniera non equilibrata la posizione del creditore della prestazione di garanzia della salute e sicurezza sul luogo di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2008), *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona, art. 2087*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 135 ss.
- Carinci F. (2004), *Un fantasma si aggira tra le aule giudiziarie: il mobbing*, in R. Tosi (a cura di), *Il mobbing*, Giappichelli, Torino, 89 ss.
- Salomone R. (2006), *Mobbing e prospettive di disciplina legislativa*, in *DLRI*, 237 ss.
- Scarponi S. (2009), *La nozione di molestie nel diritto del lavoro: uno strumento di qualificazione anche nei confronti del mobbing*, in S. Scarponi (a cura di), *Il mobbing. Analisi giuridica interdisciplinare*, Atti del convegno tenutosi a Trento l'8.11.2007, Cedam, Padova, 3 ss.

Alessandro Giuliani
Dottore di ricerca in *Legislazione sociale europea*
presso l'Università di Macerata

CASSAZIONE, 16.1.2020, n. 823 – Pres. Di Cerbo, Est. Patti, P.M. Sanlorenzo (conf.) – Fondazione Accademia nazionale di Santa Cecilia. (avv.ti M. Marazza, De Feo, M. Marazza) c. D.R. (avv. Sorrentino).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 28.8.2018.

Contratto a termine – Art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015 – Contratto di lavoro a tutele crescenti – Vizio – Nullità del termine – Conversione cd. giudiziale – Conversione cd. volontaria.

Il regime del cd. contratto a tutele crescenti si applica, ai sensi dell'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23 del 2015, ai contratti a tempo determinato stipulati anteriormente al 7.3.2015 solo ove gli effetti della conversione del rapporto – a seguito di novazione ovvero in ragione del tipo di vizio accertato – si producano in epoca successiva alla predetta data, restando irrilevante la data della pronuncia giudiziale dichiarativa dell'accertata nullità del termine. (1)

(1) CONVERSIONE GIUDIZIALE DEL CONTRATTO A TERMINE SUCCESSIVA
AL 7 MARZO 2015: QUALE TUTELA IN CASO DI LICENZIAMENTO?

1. — Nella sentenza in esame, la Cassazione affronta la questione relativa all'interpretazione dell'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, riguardante l'applicabilità della disciplina del contratto a tutele crescenti ai contratti a tempo determinato convertiti giudizialmente in contratti di lavoro a tempo indeterminato in data successiva al 7.3.2015, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015.

In particolare, nel caso oggetto di trattazione, si fa riferimento a un lavoratore della Fondazione Accademia nazionale di Santa Cecilia che aveva sottoscritto un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato in epoca anteriore alla data del 7.3.2015 che era stato convertito, soltanto successivamente, a tempo indeterminato in sede giudiziale per nullità del termine. Infatti, in base a una sentenza dichiarativa della conversione a tempo indeterminato del rapporto, per effetto di una successione illegittima di contratti a tempo determinato intercorsi tra il dipendente e la Fondazione, il lavoratore era stato riassunto in servizio.

Tuttavia, in seguito, la Fondazione aveva intimato al lavoratore il licenziamento per giusta causa per non aver lo stesso dichiarato alla predetta lo svolgimento di un altro contestuale rapporto di lavoro con la Banda dell'Esercito presso il ministero della Difesa.

Il lavoratore, dunque, decideva di agire in giudizio contro la Fondazione chiedendo di accertare l'illegittimità del recesso, la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento del danno secondo le tutele previste dall'art. 18, c. 4, St. lav., come novellato dalla l. n. 92/2012.

Il giudice di prime cure condannava il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno.

Successivamente, la Fondazione proponeva ricorso dinanzi alla Corte d'Appello di

Roma, la quale, una volta accertata l'insussistenza del fatto contestato al lavoratore, rigettava il ricorso e confermava l'applicazione della tutela di cui all'art. 18, c. 4, l. n. 300/1970, data l'inoperatività della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 23/2015 per le ipotesi di conversione giudiziale del rapporto di lavoro a tempo determinato per nullità del termine successivamente alla data di entrata in vigore del decreto predetto.

Infine, la Fondazione ricorreva per Cassazione sostenendo l'applicabilità delle tutele previste del d.lgs. n. 23/2015. Invero, la conversione giudiziale del rapporto di lavoro a tempo determinato per nullità del termine era intervenuta con sentenza successiva al 7.3.2015, quando il regime di tutela dei licenziamenti in vigore era quello previsto dall'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, e, dunque, secondo la ricorrente, tale era la disciplina da applicare al caso di specie.

Tuttavia, la Suprema Corte, con la sentenza in commento, rigetta il ricorso della Fondazione negando l'applicazione del d.lgs. n. 23/2015 ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato scaturiti da contratti di lavoro a termine giudizialmente convertiti per nullità del termine in data successiva al 7.3.2015.

Le motivazioni che portano alla formulazione del principio affermato dalla Corte sono le seguenti. Attraverso il d.lgs. n. 23/2015 veniva attuato il cd. *Jobs Act*, l. n. 183/2014, sul concetto di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti. Mediante tale decreto non è stata introdotta una nuova tipologia contrattuale, ma si è previsto un nuovo regime sanzionatorio riguardante le ipotesi di licenziamento illegittimo. Tale nuovo regime di tutela si applica ai «lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto», secondo quanto stabilito all'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 23/2015, e ai «caso di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato», secondo quanto stabilito all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015.

Tuttavia, l'individuazione dell'ambito di applicazione del nuovo regime di tutela dei licenziamenti necessita di un intervento di chiarificazione in relazione al c. 2 dell'art. 1, d.lgs. n. 23/2015, relativo ai casi di conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato successivi al 7.3.2015.

Anzitutto, «l'utilizzo del termine conversione nel caso in esame si presta a svianti equivoci» (Preteroti 2017, 105). L'interpretazione del significato letterale dell'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, «solleva un dubbio sulla sua costituzionalità in relazione all'art. 76 Cost., non potendo il legislatore delegato ampliare l'ambito applicativo delle tutele crescenti estendendolo anche ai rapporti di lavoro che, essendo sorti a seguito di assunzioni effettuate prima dell'entrata in vigore del decreto, non possono configurarsi come "nuove assunzioni"» (Maresca 2015). Emerge anche che, «secondo una prima lettura, il legislatore potrebbe aver inteso accomunare i due casi della conversione neoziale e giudiziale. Altrimenti il termine "conversione" sarebbe riferibile solamente alla ricostituzione del rapporto a tempo indeterminato pronunciata in giudizio con effetto dalla data della sentenza» (Preteroti 2017, 105).

In secondo luogo, è necessario individuare qual è l'effettivo regime di tutela da applicare ai lavoratori che vedono il proprio contratto a tempo determinato convertito in contratto a tempo indeterminato in data successiva al 7.3.2015, poiché nei casi di licenziamenti illegittimi emerge con chiarezza la diversità tra il regime sanzionatorio

previsto dall'art. 18, c. 4, l. n. 300/1970, così come modificato, da quello previsto dal d.lgs. n. 23/2015. Infatti, già con la l. n. 92/2012, che aveva apportato modifiche all'art. 18 St. lav., si era assistito a un allentamento della tutela dei licenziamenti nei confronti del lavoratore, con una riduzione delle ipotesi di tutela reintegratoria in caso di licenziamento. Successivamente, con il d.lgs. n. 23/2015 tali garanzie risultano ulteriormente attenuate: «l'intervento del 2015 rafforza la regola della tutela risarcitoria per il caso di licenziamento illegittimo» (Boscati 2015, 1033). Invero, «come evidenziato sin dall'art. 1, c. 7, lett. c, l. n. 183/2014 [...] viene esclusa per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, con la conseguente previsione di un indennizzo monetario certo e crescente in base all'anzianità di servizio e con la limitazione del diritto alla reintegra ai licenziamenti nulli, discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato» (Dal Lago 2020). Tanto che si afferma che «il d.lgs. n. 23/2015, il d.lgs. n. 81/2015 e il d.lgs. n. 151/2015 hanno ulteriormente contribuito a modificare la disciplina dei rapporti di lavoro subordinato (non solo a tutele crescenti) in senso ancor più favorevole alle imprese, rimuovendo una serie di ostacoli» (Preteroti 2016, 28).

La controversa questione relativa all'interpretazione dell'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, è stata anche oggetto di un contrasto tra orientamenti giurisprudenziali.

Invero, il Tribunale di Parma, con sentenza n. 383/2019, aveva applicato la norma alle sole ipotesi di conversione dovuta alla manifestazione di volontà delle parti. Il giudice, in riferimento all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, affermava che «la conversione prevista dalla suddetta norma non sia quella giudiziale bensì la conversione intesa come trasformazione/prosecuzione di tipo negoziale del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, ossia per accordo tra le parti del contratto medesimo» (T. Parma 18.2.2019, n. 383, in *GLav.*, 2019, n. 11).

Al contrario, il Tribunale di Roma, con ordinanza n. 75870/2018, aveva escluso l'applicazione della predetta disposizione ai casi di conversione cd. volontaria. Invero, il giudice statuiva che «solo le ipotesi che possano considerarsi realmente nuove assunzioni o le ipotesi di contratti a tempo determinato stipulati prima del 7.3.2015, ma che subiscono una "conversione" in senso tecnico in data successiva al 7.3.2015, per via giudiziale o stragiudiziale, possono ritenersi ricomprese nel campo di applicazione della nuova normativa» (T. Roma 6.8.2018, n. 75870, in *Lex24*).

La Cassazione, con la sentenza in commento, offre «importanti chiarimenti in merito alla individuazione della disciplina applicabile in caso di licenziamento illegittimo di lavoratori assunti con contratto a tempo determinato prima del 7.3.2015 e il cui rapporto sia stato convertito in tempo indeterminato successivamente a tale data» (Toffoletto 2020, 10).

Anzitutto, i giudici affermano che il provvedimento dichiarativo della nullità della clausola di apposizione del termine, successivo al 7.3.2015, ha l'effetto di ricostituire il rapporto illegittimamente interrotto convertendolo a tempo indeterminato, a decorrere dalla data di stipulazione del contratto a termine al quale era stata apposta la clausola dichiarata nulla. Tanto che la Corte dichiara che la sentenza che accerta la nullità della clausola appositive del termine e a «cui è connesso l'obbligo del datore di riammettere in servizio il lavoratore, ha natura dichiarativa e non costitutiva» con «effetto *ex tunc* della conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato operata a decorrere dalla illegittima stipulazione del contratto a termine (Cass. 26.3.2019, n. 8385)».

Dunque, con questa sentenza, i giudici della Corte di Cassazione sanciscono il principio per cui i lavoratori assunti prima del 7.3.2015 che vedono il proprio contratto di lavoro convertito *ope iudicis* con sentenza dichiarativa della nullità del termine, successivamente a tale data, in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, non sono considerati soggetti alla tutela del regime del cd. contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, poiché la data della pronuncia giudiziale è irrilevante. Infatti, la Corte precisa che condizionare l'applicabilità del d.lgs. n. 23/2015 alla data della decisione «comporterebbe un'evidente quanto irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori egualmente assunti a tempo determinato» in data antecedente al 7.3.2015. La conversione potrebbe avvenire «in base a sentenze emesse, per mero accidente indipendente dalle rispettive volontà, talune prima altre dopo tale data». Pertanto, i giudici affermano che tali lavoratori «in alcun modo possono essere considerati "nuovi assunti"».

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte fornisce, inoltre, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015. Invero, si afferma che, in riferimento alle ipotesi di conversione cd. giudiziale – «lemma tecnico [...] per identificare la sanzione giudiziale» (Preteroti 2016, 28) – dovuta a motivi diversi dalla nullità del termine, è necessario osservare il tipo di vizio che colpisce il contratto di lavoro a termine e il momento in cui tale violazione si verifica, cioè se essa è successiva al 7.3.2015.

La Corte, dunque, elenca tre ipotesi di conversione cd. giudiziale dei contratti a tempo determinato, stipulati in data antecedente al 7.3.2015, ma che producono i propri effetti di conversione successivamente in quanto il vizio che affligge i contratti è successivo a tale data. Tali vizi sono: la continuazione del rapporto di lavoro oltre i limiti legali; la non osservanza dell'intervallo minimo tra scadenza di un contratto di lavoro a tempo determinato e la stipulazione del nuovo contratto a termine e il superamento del limite massimo di durata del rapporto di lavoro a termine dei ventiquattr' mesi previsti dall'art. 19, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, così come modificato dal d.l. n. 87/2018.

Nelle predette ipotesi di violazione e nei casi di conversione cd. volontaria successiva al 7.3.2015 per effetto della manifestazione di volontà delle parti con effetto innovativo, la Suprema Corte chiarisce che si dovrà applicare il regime di tutele introdotto dal d.lgs. n. 23/2015 in «una corretta equiparazione alle nuove assunzioni non lesiva del principio di parità di trattamento».

Ebbene, secondo quanto statuito dai giudici della Corte «il *discrimen* tra l'applicabilità della disciplina precedente e quella attuale è rappresentato non dall'elemento meramente accidentale, della data della sentenza, bensì da quello, oggettivo, del momento in cui si è verificato il vizio che ha determinato la conversione» (Toffoletto 2020, 12).

Pertanto, gli effetti che produce l'affermazione di tale principio sui contratti di lavoro sono i seguenti.

Ai contratti a tempo determinato stipulati anteriormente al 7.3.2015 si applica il regime del cd. contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti solo nel caso in cui gli effetti della conversione del rapporto di lavoro, in ragione del tipo di vizio accertato o a seguito di novazione, si producano in un'epoca successiva a quella della data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015.

Al contrario, ai contratti di lavoro a tempo determinato convertiti giudizialmente in contratti di lavoro a tempo indeterminato in data successiva al 7.3.2015 per nullità della clausola appositiva del termine, si continuerà ad applicare il regime di tutela di cui all'art. 18, c. 4, l. n. 300/1970. In tali ipotesi, infatti, «il lavoratore assunto a termine in forza di contratto nullo prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 altri non è che un lavoratore a tempo indeterminato cui spetta la tutela *ex art.* 18 St. lav. come agli altri lavoratori a tempo indeterminato assunti prima della data» (Preteroti, Ferraro 2017, 105).

Riferimenti bibliografici

- Boscati A. (2015), *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, in *DRI*, n. 4, XXV, 1032 ss.
- Dal Lago I. (2020), *Conversione giudiziale dei contratti a termine e ambito di applicazione del nuovo regime di tutela dei licenziamenti previsto dal d.lgs. n. 23 del 2015*, in *ilgiuslavorista.it*, 29 marzo.
- Maresca A. (2015), *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, in *GLav.*, n. 12, 12 ss.
- Preteroti A. (2016), *Contratto a tempo determinato e forma comune di rapporto di lavoro dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino.
- Preteroti A. Ferraro F. (2017), voce *Contratto di lavoro a tempo determinato (Jobs Act)*, in *DDPComm.*, Utet Giuridica, Milanofiori Assago, 95 ss.
- Toffoletto F. (2020), *Applicabilità tutele crescenti al contratto a termine convertito dopo il Jobs Act*, in *GLav.*, n. 5, 10 ss.

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

CASSAZIONE, 30.5.2019, n. 14797 – Pres. Nobile, Est. Pontiero, P.M.
Sanlorenzo (conf.) – B.R. (avv. Fontanai) c. Gelaterie Nuove Fiore di
Laghi G&C Snc (avv. X.).
Cassa Corte d'Appello di Bologna, 17.3.2014.

Orario di lavoro – *Part-time* – *Mora accipiendi* – Trasformazione del rapporto – Nullità del contratto – Risarcimento del danno – Differenze retributive – Requisiti di forma – Forma scritta ad substantiam – *Mora credendi*.

L'assenza di forma scritta prevista dalla previgente legge in materia di contratto di lavoro part-time determina la trasformazione del rapporto in full-time, con conseguente risarcimento del danno da calcolare sulla base delle differenze retributive rispetto al rapporto di lavoro a tempo pieno offerto e non svolto dal lavoratore. (1)

(1) MORA ACCIPIENDI DEL DATORE DI LAVORO
E NULLITÀ DEL CONTRATTO DI LAVORO PART-TIME

1. — È un principio generale oramai consolidato del nostro ordinamento il concetto per cui il normale contratto di lavoro subordinato sia a tempo indeterminato.

Da tale principio deriva dunque che, qualora venisse stipulato un contratto diverso dal tempo indeterminato, in caso di assenza dei presupposti di fatto e di diritto che ne permettono la stipulazione, il rapporto possa essere trasformato in un normale contratto di lavoro subordinato; è infatti possibile – attraverso domanda giudiziale – trasformare il contratto originariamente stipulato tra le parti in un rapporto a tempo indeterminato.

2. — Un rapporto di lavoro subordinato può però essere a tempo pieno ovvero a tempo parziale (Bellomo 2013, 906).

Il rapporto di lavoro a tempo parziale può inoltre essere instaurato per assunzione diretta ovvero per trasformazione di un precedente rapporto a tempo pieno.

A oggi, il contratto di lavoro *part-time* deve essere stipulato in forma scritta ai fini della prova della sua esistenza, ma non della validità sostanziale dell'atto, ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. In mancanza di tale forma scritta, pertanto, se non si riesce a fornire prova della stipulazione del contratto, può essere giudizialmente dichiarata la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno dalla data della pronuncia giudiziale (D'Onghia 2005).

3. — Il caso di specie, diversamente da quanto in precedenza affermato, afferisce invece alla nullità del contratto di lavoro *part-time* per difetto di forma scritta, con conseguente diritto della lavoratrice a un risarcimento del danno parametrato a un rapporto di lavoro a tempo pieno.

Ricorreva infatti in giudizio una lavoratrice, dipendente di una gelateria dal 1978 al 1994 a tempo pieno e da maggio a settembre del 1994 a tempo parziale, per vedersi

riconosciuta per quest'ultimo periodo una retribuzione parametrata a un orario di lavoro *full-time* in difetto di prova scritta della riduzione dell'orario di lavoro.

La domanda non veniva tuttavia accolta né in primo né in secondo grado.

La Corte d'Appello di Bologna, una volta accertato come tra le parti fosse intercorso un rapporto di lavoro a tempo pieno e plurimi rapporti *part-time*, respingeva la domanda della ricorrente volta a ottenere una retribuzione parametrata a un orario di lavoro *full-time* in ragione del difetto di prova scritta dei rapporti a tempo parziale, poiché – nei casi di nullità di forma scritta del contratto di lavoro parziale – la lavoratrice avrebbe avuto diritto a percepire solo le retribuzioni proporzionate alle prestazioni in concreto eseguite, della cui prova dovesse considerarsi onerata sulla base della giurisprudenza in materia di lavoro straordinario.

La lavoratrice proponeva a sua volta ricorso in Cassazione per violazione e falsa applicazione dell'art. 2126 c.c., sostenendo, da un lato, come in caso di nullità del contratto *part-time* il lavoratore abbia diritto a una retribuzione commisurata al tempo pieno, qualora dimostri di aver messo a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative e, dall'altro, come l'orario di lavoro *part-time* debba comunque essere considerato corrispondente a un *full-time* qualora il lavoratore abbia svolto con continuità un orario di lavoro superiore a quello indicato nel contratto.

La Cassazione, accogliendo il motivo di ricorso, ha evidenziato come la Corte territoriale avesse erroneamente deciso sulla base di un orientamento giurisprudenziale specificamente superato dalle pronunce della Corte costituzionale n. 210 del 1992 (In *GI*, 1993, n. 1, I, 277 ss., con nota di M. Brollo) e n. 283 del 2005 (Vd. oltre).

La sentenza n. 283 del 2005 della Corte costituzionale, come prima la n. 210 del 1992 della stessa Corte, aveva infatti sostenuto che la nullità per vizio di forma della clausola sulla riduzione dell'orario di lavoro non è comunque idonea a travolgere integralmente il contratto, ma ne determina la cd. conversione in un «normale contratto di lavoro», o meglio determina «la qualificazione del rapporto come normale rapporto di lavoro, in ragione dell'inefficacia della pattuizione relativa alla scelta del tipo contrattuale speciale» (Per un maggiore approfondimento si veda C. cost. 15.7.2005, n. 283, in *GC*, 2006, n. 9, I, 1695 ss., con nota di Alessi). Sulla base delle precedenti pronunce, pertanto, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 24476 del 2011 (In *MGC*, 2011, n. 11, 1551 ss.), aveva già da tempo affermato che «la nullità della clausola sul tempo parziale, per difetto di forma scritta, anche sulla scorta delle indicazioni offerte con la sentenza della Corte costituzionale n. 283 del 2005, non implica [...] l'invalidità dell'intero contratto [...] e comporta, per il principio generale di conservazione del negozio giuridico colpito da nullità parziale, che il rapporto di lavoro deve considerarsi a tempo pieno».

Ragion per cui, nel giudizio in esame, la Suprema Corte ha ribadito che «in caso di nullità del contratto *part-time* per difetto della forma scritta prevista *ad substantiam* dal d.l. n. 726 del 1984, art. 5, il rapporto di lavoro debba considerarsi come un ordinario rapporto *full-time*, con conseguente diritto del lavoratore alla retribuzione parametrata a un orario a tempo pieno, previa messa in mora del datore di lavoro quanto alle residue energie lavorative».

Quando dunque non vi è stata la prestazione per causa imputabile al datore di lavoro, il lavoratore può ottenere soltanto il risarcimento del danno – commisurato alla retribuzione – subito a causa dell'impossibilità della prestazione cagionata dal rifiuto ingiustificato del datore di lavoro, determinando inadempimento contrattuale ai sensi e per gli effetti dell'art. 1223 c.c.

4. — L'art. 1217 c.c., disciplinando la *mora credendi* nelle obbligazioni di fare, sta-tuisce che il creditore viene messo in mora mediante l'intimazione di ricevere la prestazione o di compiere gli atti che sono necessari, da parte sua, per renderla possibile: il creditore versa in uno stato di *mora accipiendi* allorquando, senza legittimo motivo, ri-futi di ricevere la prestazione del debitore. Da tale situazione derivano una pluralità di con-seguenze, in quanto il creditore sarà tenuto non solo a rendere comunque il corri-spettivo della prestazione rifiutata, ma anche a risarcire i danni da esso causati nei con-fronti del debitore.

Anche in un rapporto obbligatorio come quello di lavoro può spesso verificarsi – oltre alla più frequente *mora debendi* del prestatore – una *mora accipiendi* del datore di lavoro. Nei rapporti di lavoro l'attività di cooperazione che si viene a creare tra datore di lavoro e lavoratore consiste soprattutto nella predisposizione dei mezzi necessari ai fini dell'esecuzione della prestazione lavorativa (Speziale 1992; Balletti 1990). Ogni la-voratore si obbliga a svolgere un'attività all'interno di un'organizzazione preordinata dal datore di lavoro (Pizzuti 2017, 93). Ogni datore di lavoro è invece considerato co-me creditore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti, poiché organizza l'azienda ai fini dell'adempimento della prestazione di lavoro a cui anch'egli si è obbligato (Ghezzi 1965, 501). Il rifiuto della prestazione integra dunque un'ipotesi di *mora accipiendi* del datore di lavoro qualora sia comunque posta in essere ovvero sia stata quan-tomeno offerta dal debitore (Stella 2012).

Nel caso di specie, dunque, una volta appurata la nullità della conversione del con-tratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, solo costituendo la *mora accipiendi* del datore di lavoro il lavoratore avrà diritto a farsi corrispondere il compenso della pre-stazione di lavoro, poiché solo così dimostrerà di essersi attivato per adempire una pre-stazione di lavoro non resa per causa imputabile esclusivamente all'ingiustificato rifiuto di riceverla dell'imprenditore.

Riferimenti bibliografici

- Balletti E. (1990), *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavo-ro*, Padova.
- Bellomo S. (2013), *Artt. 2107-2109 cod. civ.*, in G. Amoroso et al. (a cura di), *Diritto del lavoro: la Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 906 ss.
- Calafa L. (2012), *Il contratto di lavoro a tempo parziale*, in *Trattato di Diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani, F. Carinci, *Il mercato del lavoro*, a cura di M. Brollo, Cedam, Padova, 1195 ss.
- D'Onglia M. (2005), *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Ghezzi G. (1965), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *LD*, 501 ss.
- Pizzuti P. (2017), *Interesse dell'impresa e prestazione lavorativa*, Giappichelli.
- Speziale V. (1992), *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari.
- Stella G. (2012), *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *RCP*, n. 2, 391 ss.

Paolo Iervolino
Dottorando di ricerca in *Diritto del lavoro*
presso l'Università di Roma «Tor Vergata»

CORTE D'APPELLO NAPOLI, 17.12.2019 – Pres. Musella, Est. Chiodi – M.D.M. (avv.ti E. Cirillo, F. Cirillo) c. T. Spa (avv.ti Maresca, De Luca Tamajo, Morrico, Boccia).

Trasferimento di azienda – Cessione di ramo di azienda – Illegittimità

- **Mancato ripristino dal rapporto con il cedente – Diritto al lavoro**
- **Obblighi ex art. 2103 c.c. – Demansionamento – Totale inattività**
- **Ripartizione dell'onere della prova – Danni conseguenti al demansionamento – Risarcimento del danno professionale – Indici – Gravità dell'inadempimento datoriale.**

In caso di mancato ripristino del rapporto di lavoro a seguito di una cessione di ramo di azienda dichiarata illegittima, il datore di lavoro che lascia il dipendente in condizione di forzata inattività risulta inadempiente rispetto all'obbligo contrattuale di dare lavoro e deve essere condannato al risarcimento del danno per il pregiudizio arrecato sia alla persona-lavoratore, sia alla professionalità dello stesso. (1)

(1) L'OBBLIGO DATORIALE DI «DARE LAVORO»

1. — La sentenza in commento è di particolare interesse in quanto pone l'accento su diverse fattispecie che sono centrali nel rapporto di lavoro: l'obbligo datoriale di dare lavoro, il conseguente inadempimento del sinallagma contrattuale nel caso di forzata inattività del lavoratore e la salvaguardia della professionalità (Per un'analisi approfondita in dottrina e giurisprudenza sul diritto a lavorare, vd. De Margheriti 2006, 341).

Partendo dal presupposto che il contratto individuale di lavoro è caratterizzato geneticamente da una «pattuizione – che ne costituisce elemento essenziale – dello scambio tra le due prestazioni principali: quella lavorativa e quella retributiva» (Ichino 2003, 23), occorre comprendere quali siano le conseguenze giuridiche per il datore in caso di inadempimento di una delle due prestazioni tipiche, ossia quella lavorativa. Il presente contributo verrà sviluppato tenendo conto di questi aspetti e di come i mesimi siano stati interpretati nel tempo dalla giurisprudenza.

Fatta tale premessa di ordine sistematico, queste, in breve, le circostanze oggetto della causa in esame.

La controversia trae le mosse da un precedente contenzioso ove il prestatore aveva impugnato una cessione di ramo di azienda. Tale operazione era stata dichiarata illegittima sia in primo che in secondo grado senza poi essere oggetto di successivo gravame in Cassazione, ed è quindi, divenuta cosa giudicata. La società cedente, nonostante il lavoratore avesse sin da subito offerto le proprie energie lavorative (dal 2012), non ha mai ripristinato il rapporto di lavoro. Il prestatore, quindi, di fatto, rimaneva privo di occupazione, ovvero totalmente inattivo. Il dipendente proponeva ricorso al Tribunale di Napoli per ottenere l'accertamento del demansionamento e il ristoro dei danni conseguenti a tale condizione di forzata inattività. Il primo giudice, tuttavia, escludeva la re-

sponsabilità della società cedente per i vari danni conseguenti al mancato ripristino del rapporto di lavoro. La Corte d'Appello di Napoli, invece, in riforma di quanto stabilito dal Tribunale, ha ritenuto la condotta inadempiente della società cedente, che immotivatamente si è rifiutata di ripristinare il rapporto di lavoro, «causativa di danni in conseguenza» in ragione proprio «dello stato di inattività cui è stato costretto il dipendente».

2. — Riprendendo il filo del ragionamento iniziale con riferimento al concetto di «diritto al lavoro» (rimandandosi, per chiarezza espositiva, immediatamente al punto successivo la tematica dell'inadempimento e dell'onere della prova), si evidenzia che la giurisprudenza ha enunciato il principio per cui vi è un vero e proprio obbligo datoriale di «dare lavoro». In merito, si segnala una decisione della Cassazione (Cfr. Cass. 15.9.2004, n. 18537, in *LG*, 2005, 237 ss., con nota di Casamassima) che, riferita a una fattispecie inerente il licenziamento di una lavoratrice in maternità, ben evidenzia nella propria motivazione la insopprimibile e fondamentale esigenza di essere messi nelle condizioni di lavorare; pare opportuno, anche ai fini della presente annotazione, riportare un breve passaggio della motivazione: l'«esecuzione della prestazione, quindi, corrisponde non soltanto, come normalmente accade nello schema tipico dell'obbligazione, all'interesse del creditore, ma anche a un interesse del debitore diverso e ulteriore rispetto a quello di liberarsi dell'obbligo e della correlativa responsabilità. Sicché la prestazione lavorativa, oltre a costituire per il lavoratore l'adempimento della sua obbligazione, rappresenta anche l'oggetto di un suo diritto cui corrisponde l'obbligo del datore di dare lavoro» (In merito, vd. anche: Cass. 30.1.2008, n. 11142, in *RIDL*, 2009, II, 81 ss.; Cass. 2.8.2006, n. 17564, in *ADL*, 2007, II, 228 ss.; in dottrina, sulla sussistenza di un vero e proprio diritto a lavorare, vd. De Angelis 1973, 223, nonché Pera 1991, 388; tra coloro che, invece, negano una tale impostazione affermando che in caso di impedimento della prestazione lavorativa vi sarebbe solo una lesione dell'interesse alla percezione della retribuzione, vd. Vallebona 1996, 364).

La giurisprudenza di legittimità ha, poi, più volte chiarito che, in relazione alle disposizioni di cui all'art. 2103 c.c., il prestatore ha diritto a svolgere il proprio lavoro e deve essere adibito a mansioni equivalenti o a quelle riferibili al proprio livello di appartenenza. Il datore di lavoro, di conseguenza, ha l'obbligo sinallagmatico di consentire l'esecuzione della prestazione e, quindi, di porre in essere ogni comportamento che risulti funzionale alla concreta realizzazione di tale adempimento, non lasciando il lavoratore in forzata inattività «poiché il lavoro costituisce un mezzo non solo di guadagno ma anche di estrinsecazione della personalità» (Tra le altre: Cass. 13.2.1998, n. 1530, in *RIDL*, 1998, II, 450 ss., con nota di Gragnoli; Cass. 2.1.2002, n. 10, in *MGL*, 2002, n. 7, 430 ss.; Cass. 1.6.2002, 7967, in *NGL*, 2002, 761 ss.; Cass. 3.6.1995, n. 6265, in *RIDL*, 1996, II, 363 ss., con nota di Vallebona). Nel caso in cui ciò non accada, come è avvenuto nella vicenda in analisi, si verifica un inadempimento contrattuale e il dipendente può chiedere al giudice la condanna del datore di lavoro all'adempimento, oltre al risarcimento del danno per le conseguenze patrimoniali e non patrimoniali subite.

3. — In merito, poi, alla *vexata quaestio* relativa alla dequalificazione o al demansionamento e al conseguente risarcimento del danno, è opinione ormai consolidata in seno alla giurisprudenza di legittimità quella secondo cui, trattandosi di inadempimento contrattuale, l'onere della prova circa l'adibizione del lavoratore a mansioni equiva-

lenti e, comunque, riferibili e/o rientranti nel livello di appartenenza gravi sul datore di lavoro. Pertanto, ogni qual volta si affronti una fattispecie di inadempimento datoriale per la mancata assegnazione di lavoro (demansionamento o dequalificazione), occorre comprendere, da un lato, come debba intendersi ripartito l'onere della prova tra le parti e, dall'altro, quali siano le conseguenze risarcitorie scaturenti da tale condotta.

Secondo la giurisprudenza, nel caso in cui il prestatore venga lasciato senza lavoro, l'onere della prova incombente sul datore di lavoro risulta più stringente. In modo speculare, a parere di un ormai consolidato orientamento della Cassazione, quando il lavoratore sia lasciato completamente inattivo l'onere probatorio a carico del medesimo si alleggerisce ulteriormente, fino ad annullarsi completamente laddove tale assenza di lavoro si sia protratta per un tempo particolarmente lungo (In tal senso, da ultimo, Cass. 13.12.2019, n. 32982, in *www.italgiure.it*; si vd. anche Cass. 6.3.2009, n. 5454, S.U., in *RFI*, 2009, voce *Lavoro*, n. 994, per cui solo lo svuotamento totale di mansioni integra gli estremi dell'inadempimento datoriale).

In ordine al regime di ripartizione dell'onere della prova in tema di dequalificazione professionale *ex art. 2103 c.c.*, pare opportuno partire da quanto statuito dalle S.U. con sentenza del 6.3.2006, n. 4766 (In *RCDL*, 2006, II, 387 ss.). Tale decisione ha richiamato gli istituti generali in tema di adempimento contrattuale nella diversa contrapposizione tra gli obblighi del creditore e quelli del debitore. In particolare, la citata sentenza del 2006 richiama nelle proprie argomentazioni i principi in tema di obbligazioni contrattuali espressi dalle S.U. del 2001 (Cfr. Cass. 30.10.2001, n. 13533, S.U., in *FI*, 2002, I, 769 ss., con nota di Laghezza), per cui, con riferimento alla prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per l'adempimento «deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto», potendo limitarsi «alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui presa, costituito dall'avvenuto adempimento». In estrema sintesi, nel momento in cui il prestatore (credитore) abbia dimostrato l'esistenza di un diritto destinato a essere osservato, grava sul datore (debitore) l'onere di dimostrare l'adempimento.

In merito, si segnala anche l'importante principio espresso sempre dalla sentenza delle S.U. della Cassazione del 24.3.2006, n. 6572 (In *RIDL*, 2006, II, 696 ss., con nota di Scognamiglio), in materia di danno professionale e ripartizione dell'*onus probandi*. A riguardo, i giudici di legittimità hanno osservato che, in ragione «della peculiarità del rapporto di lavoro», quando il lavoratore lamenti un danno come quello alla professionalità tale lesione si configura come conseguenza di un illecito di tipo contrattuale. Si verifica, infatti, una violazione dell'obbligo *ex art. 2103 c.c.* (divieto di dequalificazione) e ciò comporta che «il datore versa in una situazione di inadempimento contrattuale regolato dall'*art. 1218 c.c.*, con conseguente esonero dell'onere della prova della sua imputabilità».

Per concludere sul punto, e partendo dal presupposto che il dipendente ha diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa, la citata sentenza del 6.3.2006, n. 4766, ha affermato che «allorquando da parte di un lavoratore sia allegata una dequalificazione o un demansionamento o comunque un inesatto adempimento dell'obbligo del datore di lavoro *ex art. 2103 c.c.* è su quest'ultimo che incombe l'onere di provare l'esatto adempimento del suo obbligo». Pertanto, alla luce di tale arresto, appare ormai pacifico che l'onere di provare l'esatto adempimento dell'obbligo di dare lavoro sia a carico

del datore di lavoro, come peraltro confermato dalla ormai granitica giurisprudenza di legittimità (In tal senso: Cass. 3.7.2018, n. 17365, in *www.italgiure.it*; Cass. 18.1.2018, n. 1169, inedita a quanto consta; Cass. 3.3.2016, n. 4211, in *GI*, 2017, 619 ss.; Cass. 17.9.2015, n. 18223, in *ADL*, 2015, n. 6, II, 1338 ss., con nota di Panizza; Cass. 26.3.2008, n. 7871, in *q. Riv.*, 2008, II, 880 ss., con nota di Terenzio).

4. — La sentenza in commento conferma, poi, anche un altro consolidato orientamento della Cassazione, richiamato in motivazione dalla stessa Corte d'Appello di Napoli, secondo cui la condotta del datore di lavoro «che lascia in condizione di forzata inattività il dipendente non solo viola l'art. 2103 c.c. ma è al tempo stesso lesivo del fondamentale diritto al lavoro, inteso soprattutto come mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino, nonché dell'immagine e della professionalità del dipendente».

Sempre secondo i giudici di legittimità, la lesione della dignità professionale del prestatore produce «automaticamente un danno rilevante sul piano patrimoniale (per la sua attinenza agli interessi personali del lavoratore) suscettibile di valutazione e risarcimento anche in via equitativa» (Cfr. Cass. 12.4.2012, n. 7963, in *RIDL*, 2013, II, 104 ss., con nota di Petrillo; da ultimo, Cass. 13.12.2019, n. 32982, cit.).

Tali principi giurisprudenziali confermano tutta la rilevanza della tutela della professionalità del lavoratore «intesa come esigenza umana di manifestare la propria utilità e le proprie capacità nel contesto lavorativo» (In tal senso, Cass. 12.4.2012, n. 7963, cit.); concetto che sembrava essersi appannato o sbiadito a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 81/2015 all'art. 2103 c.c., che, appunto, hanno abolito il principio dell'equivalenza delle mansioni. E infatti, prima della riforma di tale disposizione, l'inosservanza della regola dell'equivalenza integrava la violazione di un obbligo del datore e, quindi, un inadempimento contrattuale (In tal senso, Brollo 1997, 246). Tuttavia, occorre rammentare che da sempre, nell'esegesi giurisprudenziale, l'interesse tutelato dall'art. 2103 c.c. è quello relativo alla protezione della libertà, della dignità e della personalità morale del lavoratore, ove la tutela della professionalità acquisita dal medesimo è un diritto fondamentale nel rapporto di lavoro (*Ex multis*: Cass. 7.7.2001, n. 9228, in *LPO*, 2001, 1405 ss.; Cass. 1.9.2000, n. 11457, in *NGL*, 2001, 38 ss.).

In merito, si evidenzia che la Suprema Corte ha dato risalto a questi valori della persona ritenendo che nel momento in cui il lavoratore venga lasciato in una condizione di inattività si verifichi «un danno da perdita della professionalità di contenuto patrimoniale che può consistere sia nell'impoverimento della capacità professionale del lavoratore e nella mancata acquisizione di un maggior saper fare...» (Cass. 20.6.2019, n. 16595, ord., inedita a quanto consta).

Il lavoratore, infatti, anche nell'attuale sistema normativo deve essere messo nella condizione di esercitare la propria attività, e ciò al duplice scopo di consentirgli sia di conservare quanto appreso durante il rapporto di lavoro, sia di aggiornare e migliorare le proprie capacità, in una concezione dinamica del patrimonio professionale che deve tendere alla tutela dello stesso.

Il principio dell'equivalenza delle mansioni, a parere di chi scrive, è stato sostituito con un nuovo obbligo, che non appare tuttavia meno cogente, di assegnare il dipendente a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento rispetto alle ultime effettivamente svolte. Il nuovo art. 2103 c.c., pertanto, non sembra

autorizzare *tout court* una lesione della professionalità, visto che le ipotesi di *ius variandi* in tema di adibizione a mansioni inferiori sono legittime solo da fattispecie tipiche, come, ad esempio: la dequalificazione di un livello, ma solo in caso di una riorganizzazione che incida sulla posizione del lavoratore (cfr. art. 2103, c. 2); un patto di dequalificazione con il lavoratore (nelle forme e modalità del c. 6), ma solo in presenza di interessi tassativamente individuati e tipizzati (e, in particolare, l'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita).

Il datore di lavoro, quindi, ha l'obbligo di cooperare al fine di mettere il prestatore nelle condizioni di lavorare, garantendo che l'esecuzione della prestazione assicuri la salvaguardia della professionalità.

Per concludere, alla luce dell'esegesi giurisprudenziale sin qui esaminata e parafrando un'autorevole dottrina, si può affermare che il «diritto al lavoro» non è solo un mezzo per assicurare una retribuzione (Giugni 1973, 14 ss.), ma anche, e soprattutto, un diritto fondamentale di estrinsecazione della dignità e personalità del lavoratore.

Riferimenti bibliografici

- Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore*, in *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano.
- Casamassima L. (2005), *Regime protettivo invocabile dalla lavoratrice madre licenziata*, in *LG*, n. 3, 237 ss.
- De Angelis L. (1973), *Considerazioni sul diritto al lavoro e sulla tutela*, in q. *Riv.*, I, 223 ss.
- De Margheriti M.L. (2006), *Obbligo e diritto a lavorare quale strumento di tutela della professionalità*, in q. *Riv.*, I, 341 ss.
- Giugni G. (1973), *Qualifica, mansioni, e tutela della professionalità*, in q. *Riv.*, I, 14 ss.
- Gragnoli E. (1998), *Mutamento delle mansioni e informazione del lavoratore*, in *RIDL*, II, 450 ss.
- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 23 ss.
- Laghezza P. (2002), *Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammendo*, in *FI*, I, 769 ss.
- Panizza G. (2015), *Ius variandi e oneri probatori: su chi grava la prova dell'osservanza o dell'inosservanza della regola dell'equivalenza*, in *ADL*, n. 6, II, 1338 ss.
- Pera G. (1991), *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, in *RIDL*, II, 388 ss.
- Petrillo A. (2013), *Diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione e danno non patrimoniale: incertezze interpretative e spunti evolutivi*, in *RIDL*, II, 104 ss.
- Scognamiglio R. (2006), *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*, in *RIDL*, II, 696 ss.
- Terenzio E.M. (2008), *L'onere della prova del danno da dequalificazione può essere assolto anche per presunzioni*, in q. *Riv.*, II, 880 ss.
- Vallebona A. (1996), *Spunti critici sulla questione del diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione*, in *RIDL*, II, 364 ss.

Michelangelo Salvagni
Avvocato in Roma

CORTE D'APPELLO TORINO, 26.11.2019 – Pres. Fierro, Est. Mancuso – D.M.G (avv.ti Califano, Durazzo) c. E.I. Spa (avv. Pacchiana Parravicini).

Dirigenti – Licenziamento individuale – Giustificatezza – Indennità supplementare – Risarcimento del danno non patrimoniale – Anzianità di servizio.

Il licenziamento del dirigente è giustificato in ragione della sua inadeguatezza nel ricoprire l'incarico affidatogli dal datore di lavoro. (1)

(1) CRITERI DI GIUSTIFICATEZZA DEL LICENZIAMENTO DEL DIRIGENTE

1. — La controversia analizzata concerne la giustificazione o meno del licenziamento di un dirigente per inadeguatezza all'incarico.

Nel caso di specie, il dirigente D.M.G. aveva convenuto in giudizio presso il Tribunale di primo grado la società presso la quale prestava servizio, chiedendo di dichiarare l'illegittimità del licenziamento subito, in quanto privo di giusta causa o comunque di giustificazione. Il ricorrente aveva chiesto la corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso, dell'indennità supplementare ex art. 19 Ccnl dirigenti di aziende produttrici di beni e il risarcimento del danno non patrimoniale. Il giudice di primo grado, in parziale accoglimento del ricorso, aveva dichiarato il licenziamento illegittimo poiché privo di giusta causa e condannato la società al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, respingendo, tuttavia, le altre domande.

La Corte d'Appello, adita da entrambe le parti reciprocamente soccombenti, si è soffermata in primo luogo sulla giustificazione del licenziamento.

Nel caso specifico, al dirigente era stato contestato di «non confrontarsi con la Direzione e in particolare col direttore generale nell'assunzione di decisioni che hanno portata di interesse generale» (esemplificate nella contestazione con riguardo a diversi episodi) e, in un successivo momento, di essersi rifiutato di firmare per ricevuta la precedente lettera di contestazione e di lasciare l'azienda nonostante fosse stato sospeso, trattenendosi senza titolo nei locali aziendali.

La Corte d'Appello ha ritenuto giustificato il licenziamento del dirigente in considerazione dell'orientamento della Corte di Cassazione secondo il quale «il licenziamento individuale del dirigente, ove basato su ragioni concernenti la sua persona e il suo contegno, può risultare giustificato anche in presenza dell'accertata sua inadeguatezza a ricoprire l'incarico ricoperto (Cfr. Cass. n. 25145/2010; e più di recente Cass. n. 797/2017)». A detta del giudice di merito, nell'espletamento dei fatti a lui addebitati il lavoratore aveva assunto «atteggiamenti scarsamente collaborativi con le altre funzioni aziendali [...] comportamenti ingiustificati e persino contrari alla legge e forieri, pertanto, di conflitti fra i dipendenti e l'azienda stessa» e ha avuto «una scarsa adeguatezza a svolgere le delicate funzioni dirigenziali affidategli dalla società...».

Come noto, il licenziamento del dirigente è disciplinato dagli artt. 2118 e 2119 c.c., dalla tutela sussidiaria del Ccnl di riferimento attraverso la nozione di giustificazione e dalla l. n. 604/1996 per quanto attiene alla obbligatorietà della forma scritta del licenziamento e alla tutela contro il licenziamento discriminatorio (Tatarelli 2006, 167 ss.).

Riguardo alla nozione di giustificatezza del licenziamento – fulcro della sentenza in disamina –, i diversi Ccnl settoriali non ne forniscono una definizione, limitandosi a enunciarla come elemento che può motivare il ricorso del dirigente al Collegio di conciliazione e arbitrato, il quale «se riconosca che il licenziamento è ingiustificato [...] disporrà a favore del dirigente, a titolo risarcitorio, un'indennità supplementare delle spettanze contrattuali di fine rapporto». La genericità del Ccnl sul punto come d'altronde la mancanza di un intervento legislativo in materia sono volte a mantenere un equilibrio tra la figura dirigenziale e il datore di lavoro, tenendo saldi i poteri e l'autonomia della prima rispetto al secondo (Ripa 2012, 24 ss.).

Sul tema è dunque intervenuta la Cassazione, la quale ha definito il concetto di giustificatezza differenziandolo anzitutto dalla giusta causa e dal giustificato motivo *ex art. 3 della l. n. 604/1966*: «la nozione di giustificatezza introdotta dalla contrattazione collettiva in materia di licenziamento del dirigente è nettamente distinta dalle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo di cui all'art. 2119 c.c. e all'art. 3 della l. n. 604/1966, traducendosi essenzialmente in assenza di arbitrarietà e pretestuosità o, per converso, nella ragionevolezza del provvedimento datoriale (Cass. n. 19074 del 2011; Cass. n. 21010 del 2005); la nozione di giustificatezza si estende sino a comprendere qualsiasi motivo di recesso che ne escluda l'arbitrarietà, con i limiti del rispetto dei principi di correttezza e buona fede e del divieto del licenziamento discriminatorio (Cass. n. 19074 del 2011; Cass. n. 775 del 2005; Cass. n. 322 del 2003)» (Cass. 4.1.2019, n. 87, in *italgiure.giustizia.it*). Ancora, sul punto: «la suddetta "giustificatezza" non deve necessariamente coincidere con l'impossibilità della continuazione del rapporto di lavoro e con una situazione di grave crisi aziendale tale da rendere impossibile o particolarmente onerosa tale prosecuzione, posto che il principio di correttezza e buona fede, che costituisce il parametro su cui misurare la legittimità del licenziamento, deve essere coordinato con quello di iniziativa economica, garantita dall'articolo 41 Cost., che verrebbe realmente negata ove si impedisse all'imprenditore, a fronte di razionali e non arbitrarie ristrutturazioni aziendali, di scegliere discrezionalmente le persone idonee a collaborare con lui ai più alti livelli della gestione dell'impresa» (Cass. 15.12.2009, n. 26232, in *GL*, 2010, n. 3, 32 ss.).

La nozione di giustificatezza riportata nei Ccnl di categoria, quindi, ha una valenza ampia, essendo idonea a includere i più svariati motivi di recesso sempreché non arbitrari e non in violazione dei principi di buona fede e correttezza contrattuale; ragion per cui alcune condotte, non assimilabili al giustificato motivo di licenziamento per le altre categorie di lavoratori, potrebbero essere ricomprese nell'alveo del licenziamento di un dirigente per giustificatezza, con conseguente mancata corresponsione dell'indennità supplementare (Russo 2011, 491). Secondo i giudici di legittimità, quindi, il licenziamento, oltre a non essere riconducibile al giustificato motivo o alla giusta causa, non può essere discriminatorio e deve avere alla base «ragioni oggettive e concreteamente accertabili», idonee a ledere il rapporto di fiducia tra dirigente e datore di lavoro inquadrabile nella logica del raggiungimento degli obiettivi aziendali in considerazione del ruolo apicale che il dirigente riveste nell'ambito dell'azienda (Rotondi, Failla 2012, 53).

Sul rapporto di fiducia tra dirigente e azienda la Cassazione ritiene altresì che: «la giustificatezza del licenziamento del dirigente è integrata da qualsiasi motivo che lo sorregga, con motivazione coerente e fondata su ragioni apprezzabili sul piano del di-

ritto, nella sufficienza di una valutazione globale, che escluda l'arbitrarietà del recesso, in quanto intimato con riferimento a circostanze idonee a turbare il rapporto fiduciario con il datore di lavoro, nel cui ambito rientra l'ampiezza di poteri attribuiti al dirigente (Cass. 19.8.2005, n. 17039; Cass. 17.3.2014, n. 6110)» (Cass. n. 16261/2018, in *italgiure.giustizia.it*. In senso conforme Cass. n. 14398/2018, *ivi*). E ancora: «Il licenziamento del dirigente d'azienda, ove basato su ragioni concernenti la sua persona e il suo contegno, ben può essere giustificato dalla inadeguatezza rispetto all'incarico ricoperto e ad aspettative riconoscibili "ex ante"; cfr.: Cass. 11.6.2008, n. 15496; Cass. 13.12.2010, n. 25145; Cass. 13.1.2017, n. 797» (Cass. n. 11159/2008, in *italgiure.giustizia.it*).

Le suddette pronunce giurisprudenziali ben si adattano al caso di specie e alle motivazioni che la Corte d'Appello ha posto alla base della giustificatazza del licenziamento del dirigente, negando perciò la corresponsione dell'indennità supplementare *ex art. 19* del Ccnl dirigenti di aziende produttrici di beni.

Invero, tale indennità ha «una funzione di penale risarcitoria volta a tutelare il dirigente che sia stato licenziato senza giustificatazza, pur rimanendo tale l'effetto estintivo del licenziamento» (Diotallevi 2010, 207). Sulla stessa lunghezza d'onda si muove la giurisprudenza di legittimità, la quale ritiene che la suddetta indennità abbia lo scopo di «tutelare e preventivamente parametrare l'entità di quei valori conculcati dal licenziamento ingiustificato» (Cass. n. 1236/1992, in *NGL*, 1992, 558 ss.).

Riferimenti bibliografici

- Diotallevi C. (2010), *Il licenziamento dei lavoratori privati e pubblici*, Edizioni Universitarie Romane, Roma.
- Ripa A. (2012), *Dirigenti e giusta causa. Orientamenti giurisprudenziali e rassegna commentata di merito*, Ipsoa, Milano.
- Rotondi F., Failla L. (2012), *Licenziamenti individuali*, Ipsoa, Milano.
- Russo C. (2011), *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Giappichelli, Torino.
- Tatarelli M. (2006), *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova.
- Toscano G. (2009), *Il punto di approdo del danno non patrimoniale: le pronunce delle Sezioni Unite di San Martino*, Giuffrè, Milano.
- Virgadamo P. (2014), *Danno non patrimoniale e ingiustizia conformata*, Giappichelli, Torino.

Elisa Zaccagnini
Praticante abilitata.
Specializzata in Diritto del lavoro

I

TRIBUNALE BOLOGNA, 11.8.2020, ord. ex art. 669-terdecies c.p.c. – Pres. Sorgi, Est. Sorgi – Deliveroo Italy Srl (avv.ti Toffoletto, De Luca Tamajo, Sideri, Gallo, Pucci) c. R.M. (avv.ti Mangione, Piccinini).

Collaborazioni – Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.

Se l'art. 47-septies del d.lgs. n. 81/2015 venisse interpretato nel senso di riconoscere ai riders le sole tutelle accordate dal d.lgs. n. 81/2008 ai lavoratori autonomi in materia di salute e sicurezza, la norma sarebbe del tutto inutile e contraria alla ratio legis di assicurare ai lavoratori su piattaforma livelli minimi di protezione. (1)

II

TRIBUNALE FIRENZE, 31.7.2020, ord. ex art. 669-terdecies c.p.c. – Pres. Nuvoli, Est. Consani – Y.P. (avv.ti de Marchis Gomez, Bidetti, Vacirca) c. Just Eat Italy Srl (avv.ti Lava, Caira, Del Pezzo Di Caianello).

Collaborazioni – Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute – Rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza.

Per la nomina a rappresentante per la sicurezza ex art. 9 St. lav. non è sufficiente una designazione informale su chat di messaggistica istantanea (WhatsApp) da parte dei lavoratori, a meno che la nomina non si evinca in modo inequivocabile; parimenti, per essere eletto nell'unità produttiva dematerializzata quale rappresentante dei lavoratori per la sicurezza ex art. 47 del d.lgs. n. 81/2008 vi deve essere una formale investitura da parte dei lavoratori o delle rappresentanze sindacali aziendali. (2)

III

TRIBUNALE FIRENZE, 22.7.2020, ord. ex art. 669-terdecies c.p.c. – Pres. Nuvoli, Est. Consani – Just Eat Italy Srl (avv.ti Lava, Giuliana, Del Pezzo Di Caianello) c. Y.P. (avv.ti de Marchis Gomez, Bidetti, Vacirca).

Collaborazioni – Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.

L'art. 47-septies del d.lgs. n. 81/2015 prescrive alla piattaforma di conseguire, quale livello minimo di tutela, ai lavoratori autonomi su piattaforma i

dispositivi di protezione individuale, e non di fornire una semplice informativa sui rischi lavorativi, configurandosi altrimenti come norma inutiliter data che vanificherebbe la ratio a essa sottesa. (3)

IV

TRIBUNALE BOLOGNA, 1.7.2020, ord. ex art. 700 c.p.c. – Est. Zompi – R.M. (avv.ti Piccinini, Mangione) c. Deliveroo Italy Srl (avv.ti Toffoletto, De Luca Tamajo, Pucci, Sideri, Gallo).

Collaborazioni – Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.

Ai sensi dell'art. 47-septies del d.lgs. n. 81/2015, per cui ai lavoratori autonomi su piattaforma digitale si applicano tutte le disposizioni di cui al Testo Unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, la piattaforma è tenuta a fornire al rider a proprie spese i dispositivi di protezione individuale. (4)

V

TRIBUNALE FIRENZE, 5.5.2020, ord. ex art. 700 c.p.c. – Est. Gualano – Y.P. (avv.ti de Marchis Gomez, Bidetti, Vacirca) c. Just Eat Italy Srl (avv.ti Lava, Caira, Del Pezzo Di Caianello).

Collaborazioni – Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.

Nell'ambito del lavoro su piattaforma digitale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, c. 1, e 47-septies del d.lgs. n. 81/2015, la piattaforma è tenuta a fornire al rider, quale collaboratore etero-organizzato, i dispositivi di protezione individuale per tutelarne salute e sicurezza a fronte dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. (5)

VI

TRIBUNALE BOLOGNA, 14.4.2020, descr. inaudita altera parte ex art. 700 c.p.c. – Est. Zompi – XX (avv.ti Piccinini, Mangione) c. Deliveroo Italy Srl (avv.ti Toffoletto, De Luca Tamajo, Pucci, Sideri, Gallo).

Collaborazioni – Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.

Nell'ambito del lavoro su piattaforma digitale, ai sensi dell'art. 2, c. 1, del d.lgs. n. 81/2015, la piattaforma è tenuta a fornire al rider, quale collaboratore

etero-organizzato, i dispositivi di protezione individuale per tutelarne salute e sicurezza a fronte dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. (6)

VII

TRIBUNALE FIRENZE, 1.4.2020, descr. *inaudita altera parte ex art. 700 c.p.c.* – Est. Gualano – Y.P. (avv.ti de Marchis Gomez, Bidetti, Vacirca) c. Just Eat Italy Srl (avv.ti Lava, Giuliana, Del Pezzo Di Caianello).

Collaborazioni – Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.

Nell'ambito del lavoro su piattaforma digitale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, c. 1, e 47-septies del d.lgs. n. 81/2015, la piattaforma è tenuta a fornire al rider, quale collaboratore etero-organizzato, i dispositivi di protezione individuale per tutelarne salute e sicurezza a fronte dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. (7)

VIII

TRIBUNALE ROMA, 31.3.2020, descr. *ex 633 c.p.c.* – Est. Palmieri – M.S. (avv.ti de Marchis Gomez, Circi, Bidetti) c. Foodinho Srl (avv. X.).

Collaborazioni – Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.

Nell'ambito del lavoro su piattaforma digitale, ai sensi della l. regionale Lazio n. 4/2019 e degli artt. 2, c. 1, e 47-septies del d.lgs. n. 81/2015, la piattaforma è tenuta a fornire al rider, quale collaboratore etero-organizzato, i dispositivi di protezione individuale per tutelarne salute e sicurezza a fronte dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. (8)

(1-8) TUTELA DELLA SALUTE E SICUREZZA DEI RIDERS IN TEMPI DI PANDEMIA

1. — Con i provvedimenti in epigrafe varie Corti di merito si pronunciano sulla tutela di salute e sicurezza dei lavoratori digitali su piattaforma alla luce della nuova normativa in materia di collaborazioni etero-organizzate: in particolare, nel contesto dell'emergenza pandemica da Covid-19, alcuni *riders* di piattaforme addette alla consegna del cibo a domicilio hanno presentato ricorso cautelare domandando la fornitura, da parte della piattaforma, dei dispositivi di protezione individuale (guanti monouso, gel igienizzante e mascherine) per potere svolgere la prestazione dedotta in contratto minimizzando i rischi di contagio.

I giudici di Firenze, Bologna e Roma accolgono integralmente le ragioni dei ricorrenti, ravvisando tanto il *periculum in mora* quanto il *fumus boni iuris*: in relazione al

primo profilo *nulla quaestio*, nella misura in cui la salute del prestatore sarebbe potenzialmente compromessa in difetto di consegna dei dispositivi di protezione individuale, tenuto conto delle indicazioni dell'Organizzazione mondiale della sanità (World Health Organization 2020) e di vari provvedimenti dell'autorità governativa nazionale e regionale in materia di uso della mascherina. A titolo di esempio, il Tribunale di Bologna ne ha desunto l'obbligatorietà dell'uso alla luce del d.P.C.m. dell'11.3.2020 (norma applicabile *ratione temporis*), secondo cui la prosecuzione della sola ristorazione con consegna a domicilio doveva avvenire «nel rispetto delle norme igienico-sanitarie sia per l'attività di confezionamento che di trasporto».

In termini più generali, le Corti di merito applicano la nozione lata di dispositivo di protezione individuale, recentemente ribadita dalla Cassazione, che vi annovera non soltanto quegli strumenti prodromici alla tutela di rischi specifici (ad esempio, esposizione all'amianto o ad altri agenti cancerogeni), ma anche «qualsiasi attrezzatura, complemento o accessorio che possa in concreto costituire una barriera protettiva, sia pure ridotta o limitata, rispetto a qualsiasi rischio per la salute e sicurezza del lavoratore» (Cass. 21.6.2019, n. 16749, in www.olympus.uniurb.it).

I provvedimenti in esame meritano attenzione soprattutto sotto il profilo del *fumus boni iuris*, in quanto costituiscono – a quanto consta – la prima applicazione fatta dalla giurisprudenza di merito dei nuovi art. 2, c. 1, e capo V-*bis* del d.lgs. n. 81/2015 dopo la riforma di cui alla l. n. 101/2019, rispettivamente in materia di collaborazioni organizzate dal committente e di tutela del lavoro su piattaforma digitale.

In tutte le vicende, infatti, i lavoratori sono stati contrattualmente inquadrati come collaboratori coordinati e continuativi o lavoratori autonomi occasionali dalla singola piattaforma: di primo acchito, tale qualificazione implicherebbe le debolissime tutele che il d.lgs. n. 81/2008, cd. Testo Unico in materia di salute e sicurezza (d'ora in poi T.U.), accorda ai lavoratori *ex art.* 2222 c.c. o 409, c. 3, c.p.c. Infatti, se da un lato il T.U. accoglie una versione onnicomprensiva di lavoratore (D'Aponte 2018, 52; Lai 2017, 47; Loi 2020, 110; Pascucci 2017, 36), che non coincide con il tipo di cui all'art. 2094 c.c., dall'altro configura varie eccezioni al principio di universalità delle tutele (Delogu 2020, 75-76): in particolare, ai sensi dell'art. 21 del T.U., i lavoratori autonomi sono tenuti a «munirsi» (e dunque ad acquistare a proprie spese) di dispositivi di protezione individuale, e in virtù dell'art. 3, c. 7, ai collaboratori coordinati e continuativi la tutela del lavoro subordinato si applica soltanto quando la prestazione sia eseguita in luoghi nella materiale disponibilità del committente.

A conti fatti, ragionando alla luce del d.lgs. n. 81/2008, i *riders* sarebbero tenuti a procurarsi a proprie spese i dispositivi di protezione individuale, sia che la prestazione venga svolta ai sensi dell'art. 2222 c.c. sia che vengano inquadrati ai sensi dell'art. 409, c. 3, c.p.c.

Coi provvedimenti in epigrafe, i giudici di merito sussumono i rapporti di lavoro dei ricorrenti nel perimetro dell'art. 2, c. 1, del d.lgs. n. 81/2015 facendo leva sulla nozione di etero-organizzazione, per come accolta dal legislatore con l. n. 101/2019 e dalla Cassazione nel caso *Foodora* (Cfr. Cass. 24.1.2020, n. 1663, in *RIDL*, 2020, II, 90 ss., con nota di Ichino; in q. *Riv.*, 2020, II, 252 ss., con nota di Faioli; e in *DRI*, 2020, 146 ss., con nota di Maresca): nei casi di specie, oggetto di contestazione non è soltanto il requisito della continuità della prestazione al pari di tutti i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa; il *quid pluris* è rappresentato dallo stabile inse-

rimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale, sulla base degli indici desumibili dall'esecuzione in concreto della prestazione stessa, primo tra tutti lo svolgimento di una serie di attività imprecise in favore del committente.

La triade personalità-continuità-etero-organizzazione viene dettagliata soltanto dal Tribunale di Firenze nell'ordinanza resa a seguito del giudizio cautelare *inaudita altera parte*: si applica l'art. 2 in quanto la prestazione viene svolta in modo apprezzabile nel tempo e a prescindere dalla circostanza che il *pony express* 2.0 abbia effettuato poche consegne o percepito compensi esigui, non essendo il lessema «continuità» sinonimo di «stabilità». Ma soprattutto, le modalità della consegna vengono determinate unilateralmente dalla piattaforma attraverso l'*app* per lo *smartphone*, senza che il contraente «debole» possa in alcun modo negoziarle (disponibilità immediata grazie alla geolocalizzazione, presenza nell'area assegnata, rispetto del turno, sottoposizione a un controllo di affidabilità della consegna ecc.); in tale processo di assimilazione delle tutele riecheggia la tesi dottrinale a maglie larghe, dalla scarsa fortuna, della subordinazione intesa come inserimento della prestazione nell'organizzazione aziendale del creditore (Ichino 2020, 92).

Senza volere entrare nel merito del dibattito dottrinale sulla portata dell'art. 2 – norma di fattispecie o di disciplina –, quest'ultimo determina l'integrale applicazione delle tutele del lavoro subordinato alle collaborazioni etero-organizzate (Santoro Passarelli 2020, 2), e pertanto anche di quanto previsto dal T.U.: diritto alla formazione, all'informazione e all'addestramento; diritto a eleggere i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; computabilità del prestatore tutte le volte che il T.U. stesso stabilisce una soglia numerica ai fini della sua applicazione; sorveglianza sanitaria e – come nella vicenda in esame – fornitura di attrezzi e dispositivi di protezione individuale da parte del datore di lavoro/committente ai sensi degli artt. 71 e 74.

In alcuni dei provvedimenti in esame l'obbligo di consegna dei dispositivi di protezione individuale viene desunto non soltanto dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, ma anche da altre previsioni normative: così è probabile che il Tribunale di Roma abbia accolto la domanda del *rider* (nella parte motivata del decreto ingiuntivo si legge semplicemente «letto il ricorso che precede ed esaminata la documentazione allegata»), che nel ricorso invoca la legge della Regione Lazio n. 4 del 2019; quest'ultima, nel dettare norme minime di tutela per i *riders* operanti nel territorio laziale, sancisce esplicitamente l'obbligo per la piattaforma di fornire al lavoratore digitale i dispositivi di protezione individuale «con oneri a proprio carico» (art. 3, c. 3). Nell'ambito delle competenze proprie delle Regioni, tale legge costituisce forse lo sbocco più avanzato dell'universalismo delle tutele sul fronte di salute e sicurezza, poiché le piattaforme sono obbligate alla fornitura dei dispositivi di protezione individuale a prescindere dal *nomen iuris* del contratto siglato col singolo *rider*, e quindi da eventuali controversie circa la relativa qualificazione. Parimenti, l'ordinanza felsinea del 1° luglio 2020 richiama l'ordinanza del 30 aprile della Regione Emilia-Romagna, che rende obbligatorio l'uso delle mascherine nei locali aperti al pubblico, evidenziando che il *rider* vi accede per l'esecuzione della prestazione.

Norme regionali ma non solo: i Tribunali di Firenze e Bologna prescrivono esplicitamente alla piattaforma di consegnare i dispositivi di protezione individuale facendo leva anche sull'art. 47-*septies* del d.lgs. n. 81/2015, secondo cui «Il committente che utilizza la piattaforma anche digitale è tenuto nei confronti dei lavoratori di cui al

comma 1, a proprie cura e spese, al rispetto del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81». Entrambi ritengono che, in ogni caso, anche a prescindere dall'accertata applicabilità dell'art. 2, la fornitura dei Dpi sarebbe dovuta in virtù dell'art. 47-*septies*. La norma, meno specifica della legge laziale, si applica cioè ai lavoratori digitali le cui modalità di esecuzione del contratto non consentano di qualificarli come subordinati, ma a vario titolo come autonomi: autonomi occasionali e collaboratori coordinati e continuativi. La previsione normativa si configura come *lex specialis* e di miglior favore rispetto all'art. 21 del T.U., che, come visto pocanzi, prevede che i lavoratori *ex art. 2222 c.c.* si procurino a proprie spese i dispositivi di protezione individuale; o all'art. 3, c. 7, del T.U., che applica ai rapporti *ex art. 409, c. 3, c.p.c.* le tutele del lavoro subordinato solo se la prestazione è svolta nei locali del committente. Infatti, come affermato dal Tribunale di Bologna, l'art. 47-*septies* obbliga la piattaforma al rispetto del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, senza fissare alcuna limitazione o esclusione dell'intero corredo di misure preventive da quest'ultimo contemplate in funzione della tipologia contrattuale.

A favore della prospettiva universalista depongono anche argomenti di carattere sistematico (Carabelli 2020, 15): l'art. 47-*bis* afferma infatti che le disposizioni del capo V-*bis* si applicano «fatto salvo quanto previsto dall'articolo 2, comma 1» (cioè per le collaborazioni etero-organizzate), e «stabiliscono livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui...».

Si potrebbe tuttavia obiettare che il riferimento in motivazione all'art. 47-*septies* sia superfluo in quanto al contratto si applicano le tutele del lavoro subordinato in virtù della etero-organizzazione. Tuttavia, il riferimento *ad abundantiam* è degno di nota, in quanto è la prima lettura in giurisprudenza che confuta le tesi delle multinazionali delle consegne a domicilio, che nelle difese spiegate in sede cautelare hanno sempre proposto una lettura liberista della norma in oggetto: se di lavoratori autonomi si tratta, a questi si applicherà esclusivamente la parte del T.U. che li riguarda, e dunque il solo art. 21.

L'interpretazione offerta è anche quella più in sintonia col dettato costituzionale e con la *ratio* della riforma, che si prefigge di fornire un decalogo di diritti (Perulli 2020, 73) a lavoratori spesso oggetto di vere e proprie forme di caporัato, come testimonia la recente inchiesta della Procura di Milano per intermediazione e sfruttamento illecito di manodopera nei confronti di una multinazionale delle consegne a domicilio e di alcune società di intermediazione della logistica. Il T.U. si applicherà pertanto integralmente ai *riders*, in assenza di riferimenti specifici a suoi titoli o sezioni da parte dell'art. 47-*septies*, che diversamente si configurerebbe come norma *inutiliter data*: in merito al caso di specie il sintagma «a proprie cura e spese» andrà interpretato nel senso che i dispositivi di protezione individuale andranno acquistati direttamente dalla piattaforma (Saracini 2020, 170), senza che il prestatore sia obbligato a comperarli per poi avanzare richiesta di rimborso. A questo riguardo, il Tribunale di Firenze ha affermato come il comportamento *contra ius* non viene meno neppure in caso di fornitura volontaria dei Dpi da parte della piattaforma in corso di causa: quest'ultima aveva fatto leva su una presunta «ottica socialmente responsabile» per giustificare la cessazione della materia del contendere e il venir meno dell'interesse sotteso del lavoratore ad agire, non ritenendosi vincolata da alcun obbligo di legge.

Corollario della lettura proposta è che – in difetto di consegna di dispositivi a ope-

ra delle piattaforme, e sia che il rapporto sia qualificabile come subordinato, collaborazione etero-organizzata, coordinata e continuativa o lavoro autonomo occasionale – il prestatore ben potrà rifiutarsi di eseguire la consegna senza incorrere in provvedimenti *lato sensu* disciplinari come la disconnessione dalla piattaforma, l'abbassamento del *rating* reputazionale o la mancata erogazione dei compensi premiali: verrebbe in gioco il principio di autotutela *ex art.* 1460 c.c., applicabile a tutti i contratti a prestazioni corrispettive se l'inadempimento di controparte è contrario alla buona fede (Cfr., *ex plurimis*: Cass. 19.1.2016, n. 836, in *DRI*, 2016, 838 ss., con nota di Ferrante; Cass. 18.5.2006, n. 11664, in *RIDL*, 2006, II, 882 ss., con nota di Saitza; Cass. 7.11.2005, n. 21479, in *DL*, 2006, II, 165 ss., con nota di Carnovale). E anche il cd. diritto di resistenza di cui all'*art.* 44 del T.U., in virtù del quale «Il lavoratore che, in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato, si allontana dal posto di lavoro o da una zona pericolosa, non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa»: in tal caso l'astensione sarebbe legittima anche quando non fosse riscontrabile un inadempimento datoriale o del committente.

In definitiva, sul versante del rapporto individuale di lavoro i provvedimenti in esame sono del tutto condivisibili in quanto concretizzano a livello embrionale il principio di universalità delle tutele dei *riders*, quanto meno in materia di salute e sicurezza: nonostante la riforma del 2019 non brilli per coordinamento sistematico e precisione terminologica, sulla base della nozione di etero-organizzazione e dell'interpretazione letterale dell'*art.* 47-*septies* i *riders* vengono equiparati ai lavoratori subordinati, in sintonia con l'approccio universalista della Carta dei diritti fondamentali dei lavoratori e delle lavoratrici, il cui disegno di legge di iniziativa popolare non è ancora stato esaminato dal Parlamento. Per di più tale equiparazione non potrebbe mai essere derogata *in peius* tramite accordo di categoria sottoscritto ai sensi dell'*art.* 2, c. 2, del d.lgs. n. 81/2015 o aziendale *ex art.* 8, l. n. 148/2011 (*Contra*, Ichino 2020, 97): la normativa in materia di salute e sicurezza rientra infatti nell'ormai ristretto perimetro dell'inderogabilità, e non ammette in alcun modo modifiche peggiorative da parte dell'autonomia individuale e collettiva.

Uno dei provvedimenti in esame si è pronunciato anche sulla tutela dell'interesse collettivo a un ambiente di lavoro salubre, e per quanto le ragioni del sindacato e della comunità del personale siano state disattese, in prospettiva si intravedono spazi per una vittoriosa azione in giudizio sovraindividuale: in particolare, con ordinanza resa su reclamo *ex art.* 669-*terdecies* c.p.c., il Tribunale di Firenze non ha riconosciuto la legittimazione attiva *ex art.* 9 dello Statuto dei lavoratori di un *rider*, che agiva a tutela dell'interesse collettivo dei lavoratori effettuanti nel territorio provinciale la consegna di cibo da asporto. Infatti, vero è che la formulazione generale dell'*art.* 9 consente a non meglio precise rappresentanze dei lavoratori – e quindi non necessariamente sindacali o formate da loro stessi (Ales 2011, 58) – di controllare l'applicazione delle norme in materia di infortunio e malattie professionali, anche per il tramite di un'azione giurisdizionale (De Marco 2019, 197). Tuttavia, l'ampia facoltà concessa all'ordinamento intersindacale dalla l. n. 300/1970 va contemplata col principio di certezza del diritto: dagli atti di causa non risulta infatti in modo inequivocabile la nomina del reclamante a rappresentante *ex art.* 9 da parte della comunità di rischio della singola piattaforma; specificamente, la nomina viene giustificata dal prestatore sulla

base di una *chat* su WhatsApp cui prendevano parte anche lavoratori di altre piattaforme, senza potersi arrivare a provare in via presuntiva l'univocità del mandato con rappresentanza tramite indizi gravi, precisi e concordanti.

Parimenti, il Tribunale fiorentino disconosce la legittimazione ad agire del reclamante quale rappresentante dei lavoratori per la sicurezza ai sensi del d.lgs. n. 81/2008: infatti, nonostante la parificazione dei tipi contrattuali operata dall'art. 47-*septies* sul versante della sicurezza consenta ai *riders* di eleggere i propri Rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (di seguito, Rls) all'interno della comunità del rischio, la norma va coordinata con quanto previsto dall'art. 47 del Testo Unico, secondo cui nelle unità produttive con meno di quindici dipendenti il Rls viene eletto direttamente dai lavoratori, mentre in quelle con più di quindici addetti (è il caso in esame) viene designato dalle rappresentanze sindacali dei lavoratori e, in assenza di queste ultime, direttamente dai prestatori. Orbene, anche in tale ipotesi dagli atti di causa non risulta che i *riders* abbiano provveduto a costituire Rsa/Rsu in azienda, o a eleggere formalmente un Rls.

In ultima analisi, il provvedimento del Tribunale di Firenze va letto con una sana dose di ottimismo: nonostante abbia disconosciuto la legittimazione ad agire del singolo lavoratore quale portatore di un interesse collettivo per carenza di elementi probatori, adombra una possibilità di accoglimento *pro futuro* della tutela della salute sul piano sovraindividuale, invitando indirettamente il sindacato e i lavoratori a un'azione politico-sindacale e processuale più analitica. Così, nel caso dei rappresentanti *ex art. 9 dello Statuto, nulla quaestio* ove la designazione avvenisse tramite verbale per iscritto o se alla *chat* prendessero parte soltanto lavoratori di una determinata piattaforma; e ancora, se in via preliminare i *riders* costituissero formalmente delle Rsa nell'unità produttiva dematerializzata, l'equiparazione funzionale tra lavoro subordinato, autonomo e collaborazioni consentirebbe loro di nominare un Rls che potrebbe anche agire in giudizio.

Riferimenti bibliografici

- Ales A. (2011), *L'articolo 9 Statuto dei lavoratori alla luce della legislazione più recente in materia di salute e sicurezza: partecipazione o controllo?*, in *RIDL*, I, 57 ss.
- Carabelli U. (2020), *Introduzione*, in U. Carabelli, S. Fassina (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, Roma, 9 ss.
- Carinci F. (2020), *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, n. 414.
- D'Aponte M. (2018), *La tutela della salute del lavoratore dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino.
- De Marco C. (2019), *L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e attualità*, ESI, Napoli.
- Delogu A. (2020), *La definizione di lavoratore in materia di salute e sicurezza: dall'universalità della tutela ai nuovi bisogni di tutela*, in *Diritti della sicurezza sul lavoro*, 61 ss.
- Ichino P. (2020), *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni coordinate e continuative*, in *RIDL*, II, 90 ss.
- Lai M. (2017), *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Torino.

- Loi P. (2020), *Garanzie e tutele per il lavoro digitale*, in U. Carabelli, S. Fassina (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, Roma, 107 ss.
- Pascucci P. (2017), *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Aras, Fano.
- Perulli A. (2020), *Il diritto del lavoro «oltre la subordinazione»: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 410.
- Santoro Passarelli G. (2020), *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 411.
- Saracini P. (2020), *Intervento*, in U. Carabelli, S. Fassina (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, Roma 165 ss.
- World Health Organization (2020), *Coronavirus disease (Covid-19) advice for the public: When and how to use masks*, 17 June 2020, in www.who.int.

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

TRIBUNALE RAVENNA, 7.2.2020, ord. – Est. Bernardi – C. Srl (avv. X.)
c. M.P. (avv. Y.).

Licenziamento individuale – Licenziamento per g.m.o. – Manifesta insussistenza – Tutela indennitaria – Facoltà giudiziale – Questione incidentale di legittimità costituzionale – Violazione degli artt. 3, 41, 24, 111 Cost.

Il giudice remittente dubita della legittimità costituzionale dell'art. 18, c. 7, St. lav. laddove prevede che, in ipotesi in cui il giudice accerti la manifesta insussistenza di un fatto posto a fondamento di un licenziamento per g.m.o., «possa» e non «debba» applicare la tutela reintegratoria attenuata: la questione si pone con riferimento all'art. 3, c. 1, all'art. 41, all'art. 24 e all'art. 111, c. 2, Cost. (1)

(1) DINANZI ALLA MANIFESTA INSUSSISTENZA DEL FATTO
IL GIUDICE «PUÒ» O «DEVE» REINTEGRARE?

1. — La questione di legittimità costituzionale è sollevata dal Tribunale di Ravenna nell'ambito di una controversia avente a oggetto un licenziamento reiterato («cumulativo», secondo la definizione del giudice): la prima volta per giusta causa, la seconda per motivo oggettivo, la terza ancora per giusta causa. Il giudizio è regolato dal cd. «rito Fornero» (Art. 1, cc. 47 ss., l. 28.6.2012, n. 92) e la normativa rimediale in caso di licenziamento è quella prevista dall'art. 18 St. lav.

Il recesso contestato nel giudizio oggetto della pronuncia in commento è quello per motivo oggettivo. Dall'ordinanza del Tribunale di Ravenna del 7.11.2019 (Inedita a quanto consta), posta a conclusione della «prima fase» del rito Fornero (decisa dal medesimo Estensore dell'ordinanza in commento), si evince che al momento della comunicazione del recesso la parte datoriale «stava correlativamente assumendo altri dipendenti, assegnando a due di questi ultimi anche funzioni in precedenza di spettanza del dipendente licenziato». Ciò porta il giudicante a ritenere il motivo oggettivo «inesistente» «posto che l'unica conseguenza sull'organico aziendale di tale "crisi" sarebbe stato il licenziamento di due responsabili, uno dei quali rappresentato dal ricorrente, a fronte di numerose assunzioni [e che] si è dunque realizzata semplicemente la sostituzione di un dipendente sgradito [...] con altri dipendenti, anche neo assunti».

Già in questa prima fase viene rilevata la sussistenza di «elementi di non manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale [...], questione che tuttavia potrà eventualmente essere sollevata nella eventuale fase di opposizione, anche considerata la natura urgente della presente fase».

Elementi che sono infatti specificati e precisati nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del giudizio di opposizione. Il remittente dubita infatti della legittimità costituzionale dell'art. 18, c. 7, St. lav. nella parte in cui «prevede che, in ipotesi in cui il giudice accerti la manifesta insussistenza di un fatto posto a fondamento di un li-

cenziamento per g.m.o. possa e non debba applicare la tutela [...] reintegratoria attenuata». La disposizione sarebbe in contrasto con l'art. 3, c. 1, Cost. perché «si tratterebbero in modo ingiustificatamente differenziato (a livello di tutele) situazioni del tutto identiche, ossia il licenziamento per giusta causa e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dei quali si sia accertata in giudizio l'infondatezza». Risulterebbe anche in contrasto con l'art. 41 Cost. in quanto «si verrebbe a conferire al giudice un potere di scelta di tipo squisitamente imprenditoriale, ossia ed essenzialmente il potere di comminare un nuovo e autonomo atto espulsivo in relazione a un lavoratore che avrebbe dimostrato di essere stato illegittimamente licenziato e che andrebbe, altrimenti, reintegrato nel posto di lavoro». Si riscontrerebbe pure la violazione degli artt. 24 e 111, c. 2, Cost.: sarebbe pregiudicato il diritto di azione del lavoratore, considerato che «si troverebbe esposto all'esercizio di una facoltà giudiziale totalmente discrezionale (quella di decidere se espellere un lavoratore che, avendo dimostrato la pretestuosità del licenziamento, andrebbe altrimenti reintegrato), senza essere posto nella facoltà di difendersi e dovendo subire, proprio nel momento della tutela dei propri diritti (avendo egli dimostrato di essere stato licenziato manifestamente ingiustamente), il potenziale arbitrio (nella migliore delle ipotesi l'esercizio di un potere imprenditorial-giudiziale) di chi dovrebbe tutelarlo (reintegrarlo)». Non sarebbe nemmeno garantito il giusto processo, in quanto verrebbero a mancare l'imparzialità e la terzietà del giudice: egli sarebbe chiamato ad «adottare un'opzione di gestione dell'impresa, qual è un atto espulsivo, in alternativa alla altrimenti dovut[a] reintegra».

Il giudice remittente ritiene che la questione risulti rilevante per la controversia e, a causa del «chiaro dato letterale», esclude che si possa ricorrere a una «interpretazione adeguatrice», ovvero costituzionalmente orientata.

2. — L'art. 18, c. 7, St. lav., come noto, definisce il regime sanzionatorio in caso di difetto motivazionale sul licenziamento per ragioni oggettive e prevede due tipologie rimediali: una di tipo indennitario e una di tipo reale. In particolare dispone che il giudice sia tenuto ad applicare la tutela reale non piena di cui all'art. 18, c. 4, in una serie di casi e che altresì *possa* «applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo». Applica invece il rimedio indennitario, di cui all'art. 18, c. 5, nelle «altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo» oggettivo.

La innovativa formulazione voluta dal legislatore del 2012, secondo cui il giudice «potrebbe» (e non «dovrebbe») applicare la tutela reale dinanzi a una manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per motivo oggettivo, ha generato da subito un dibattito sull'interpretazione di una formula pur testualmente inequivocabile. Prima di richiamare le diverse posizioni ermeneutiche sul punto, pare utile ripercorrere brevemente la fase di gestazione della riforma Monti-Fornero.

Dalla cronaca dell'epoca si evince che la «prima bozza» del disegno di legge non contemplava la possibilità di reintegrazione in caso di licenziamento per ragioni oggettive (Come illustrato in *Articolo 18, ecco come cambierà*, in *La Repubblica*, 22 marzo 2012). Lo schema venne però rivisto dopo l'incontro del Governo con i *leader* dei partiti principali e la versione del disegno di legge presentato alle Camere già conteneva

la medesima formulazione oggetto del rinvio (*Articolo 18, Monti: «Sciolti tutti i nodi». Ma arriva l'altolà di banche e imprese*, in *La Repubblica*, 4 aprile 2012).

Nel corso del dibattito parlamentare la questione del «può» fu più volte sollevata. Dagli atti della discussione in Commissione lavoro del Senato emerge, ad esempio, come i parlamentari fossero consci della rilevanza sistematica della scelta del Governo e si rinvengono diversi emendamenti (poi ritirati o respinti) sul punto: è stata proposta la sostituzione con «deve applicare» (Emendamento 14.29 a firma dei senatori Tofani, Spadoni, Urbani) o, in modo più lineare, con «applica» (Emendamenti 14.31 e 14.32 a firma dei senatori Li Gotti, Perdica e Coronella). Il fatto che la formulazione finale della norma sia identica dimostra che l'inserimento della facoltà fu il risultato, non più negoziabile, di una delicata mediazione sul piano ideologico-valoriale ancor prima che su quello politico.

Si può ipotizzare che l'Esecutivo guidato dal prof. Monti abbia latamente tratto ispirazione dalla disciplina dell'ordinamento tedesco, che al par. 9 KSchG prevede la possibilità per il giudice di optare per un rimedio meramente indennitario, al posto della tutela in forma specifica, quando il datore di lavoro adduca dinanzi all'autorità giudicante «motivi che facciano apparire dannosa o non più proficua per l'impresa la prosecuzione della collaborazione, rendendo inevitabile la sua cessazione. Il giudice deciderà valutando le circostanze che hanno portato all'interruzione del rapporto di lavoro, in una ponderazione degli interessi in gioco in cui la pretesa del lavoratore a proseguire nell'occupazione si contrappone a quella dell'impresa di sgravarsi di un rapporto di lavoro ormai deteriorato e di dubbia convenienza» (Così Grivet Fetà 2014, 116 s., la quale aggiunge che «nel caso di licenziamento manifestamente infondato o viziato [...] per la giurisprudenza maggioritaria deve in ogni caso disporsi la reintegra del lavoratore, mentre quando il licenziamento è affetto da vizi minori e la sua validità non è così grossolana o manifesta, deve prevalere l'interesse dell'impresa alla risoluzione del rapporto con corresponsione dell'indennizzo»).

La questione ha subito sollevato interesse in dottrina. Secondo una prima lettura, sarebbe opportuno adottare una interpretazione adeguatrice del testo di legge che consenta di intendere il «può» come «deve»: sono molti gli studiosi che osservano come, altrimenti, vi sarebbero fondati dubbi di costituzionalità, con riferimento ai principi di ragionevolezza e di uguaglianza formale (Del Punta 2014, 51; Maresca 2012, 442; Perulli 2012, 792; Pessi 2013, 771; Speziale 2013, 347; Tullini 2013, 119, la quale ritiene che «al giudice non venga consegnata alcuna paternalistica "facoltà" di scegliere la sanzione applicabile, né alcun potere di equità integrativa [...] si tratta semmai d'un avvertimento o monito relativo alla *policy* del sindacato giudiziario: al giudice è concesso di applicare la reintegra solo nei casi più gravi e manifesti d'inesistenza del motivo oggettivo»). Orientamento fatto proprio anche da una parte (minoritaria, secondo il giudice remittente) della giurisprudenza (Così, da ultimo, Cass. 13.3.2019, n. 7167, in www.cortedicasazione.it, secondo cui la norma «non assegna al giudice un margine ulteriore di discrezionalità [...] posto che, ove il fatto sia caratterizzato dalla "manifesta insussistenza", è unica, e soltanto applicabile, la protezione del lavoratore rappresentata dalla disciplina di cui al comma 4»; già in tal senso anche T. Foggia 11.9.2013 – per cui vd. la banca dati della giurisprudenza in Barbieri, Dalfino 2013 –, secondo cui la reintegrazione è la «soluzione ideale a cui tende la Carta costituzionale e a cui, conseguentemente, deve essere vin-

colato il giudice in mancanza di chiare e precise indicazioni di segno opposto da parte del legislatore»).

Non manca tra gli interpreti chi ha preferito valorizzare l'interpretazione letterale (Liso 2012; Galantino 2012, 248; Ferraresi 2012, 265). Dimostrò di avere piena consapevolezza della questione interpretativa il Presidente del Consiglio il quale confermò che «solo nel caso che il motivo economico sia considerato manifestamente insussistente [...] il giudice può, e non deve come chiedevano il Pd e certi sindacati, decidere per il reintegro». Nonostante ciò il *Wall Street Journal* ha criticato Monti sulla riforma del lavoro e così anche *La Repubblica: Premier: «Mai voluto fare la Thatcher»*, in *La Repubblica*, 6 aprile 2012).

Dopo questa prima fase si è ridotto l'interesse scientifico sul punto. Il tema viene però riportato al centro della scena dall'importante Cass. 2.5.2018 n. 10435 (In www.cortedicasazione.it). La S.C. non soltanto decide di occuparsi in termini sistematici della questione della facoltà giudiziale, ma opta concretamente per la tutela mera-mente indennitaria pur dinanzi a un grave vizio sul *repêchage* (Elemento ritenuto ormai dalla prevalente giurisprudenza ricompreso tra quelli rilevanti per la verifica della manifesta insussistenza; in tal senso, la medesima Cass. 10435/2018, cit., ma anche: Cass. 1.2.2019, n. 3129, in www.cortedicasazione.it; Cass. 8.1.2019, n. 181, in www.cortedicasazione.it; C. App. Roma 1.2.2018, in www.dejure.it; T. Trento 18.12.2017, in www.wikilabour.it; contra, T. Varese 4.9.2013, in *RIDL*, 2014, II, e T. Torino 5.4.2013, in www.dejure.it; per i richiami e l'analisi ad altri numerosi riferimenti giurisprudenziali, vd., di recente, Cavallini 2019, 750 s., e, per la prima fase, l'imponente opera di approfondimento di Speziale 2014, 447). Il Collegio ritiene che, stante l'assenza di criteri legali su cui basarsi per decidere tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria, occorra fare riferimento ai «principi generali del diritto civile». Ne consegue che il giudice, constatata la manifesta insussistenza, sarà chiamato a svolgere un «ulteriore vaglio giudiziale» fondato sui criteri tratti dai principi «in materia di risarcimento del danno, e, in particolare, dal concetto di eccessiva onerosità al quale il codice civile fa riferimento nel caso in cui il giudice ritenga di sostituire il risarcimento per equivalente alla reintegrazione in forma specifica», ex art. 2058 c.c., «ovvero di diminuire l'ammontare della penale concordata tra le parti», ex art. 1384 c.c. La Cassazione conclude che il ricorso a tali regole «permette di configurare un parametro di riferimento per l'esercizio del potere discrezionale del giudice, consentendogli di valutare, per la scelta del regime sanzionatorio da applicare, se la tutela reintegratoria sia, al momento di adozione del provvedimento giudiziale, sostanzialmente incompatibile con la struttura organizzativa *medio tempore* assunta dall'impresa. Una eventuale accertata eccessiva onerosità di ripristinare il rapporto di lavoro può consentire, dunque, al giudice di optare, nonostante l'accertata manifesta insussistenza di uno dei due requisiti costitutivi del licenziamento, per la tutela indennitaria».

Tale lettura si è consolidata dopo la Cass. 31.1.2019, n. 2930 (In www.cortedicasazione.it), per cui la valutazione sull'applicazione delle tutela reale va effettuata «in forza dei principi generali in tema di tutela in forma specifica e non eccessiva onerosità [...] applicandosi altrimenti, pur nel palesarsi del vizio di maggiore gravità, la sola tutela indennitaria» (Ma vd., in senso contrario, la già citata e successiva Cass. 13.3.2019, n. 7167). Qui la S.C. sembra aver voluto spostare il confine tra tutela reale e indennitaria verso posizioni ancor più «liberiste», se si vuole attribuire un significato

all'utilizzo di un linguaggio dalle sfumature particolarmente connotative. Il Collegio sembra infatti voler far intendere al giudice di merito che la tutela reale, anche constatata la manifesta insussistenza, debba essere considerata rimedio residuale: i «presupposti di «evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento» e di «chiara pretestuosità del recesso» [consentono al giudice] *eventualmente* di addivenire, subordinatamente all'ulteriore valutazione discrezionale rispetto alla non eccessiva onerosità del rimedio, alla tutela (*anche*) reintegratoria» (corsivi miei).

Tale orientamento, da un lato, permette di sottrarre la scelta del rimedio alla mera discrezionalità giudiziale, riconducendola a parametri civilistici e costringendo il giudice a motivarne l'esercizio. Dall'altro lato, lascia scoperto il fianco alle critiche di chi osserva che in tal modo si ha una scissione logica e temporale tra il recesso datoriale, ritenuto gravemente viziato, e i parametri utilizzati per l'esercizio del potere discrezionale, che fanno riferimento a una realtà fattuale relativa a un momento successivo a quello del licenziamento, in cui circostanze oggettive e congiunture economiche possono essere radicalmente mutate. In altri termini, questa interpretazione impone di tenere separati nel corso del giudizio i fatti che rilevano per la decisione sulla (anche manifesta) illegittimità, contestuali al recesso, da quelli significativi per l'esercizio giudiziale dell'opzione, che appartengono a un tempo successivo alla risoluzione. Sebbene l'utilizzo del rito Fornero possa contribuire a limitare la distanza tra i due momenti, non vi è dubbio che la questione resti critica. Come è evidente che la lettura della S.C. sia tesa a dare rilevanza in giudizio alle caratteristiche dell'organizzazione produttiva e (più in generale) del mercato, anche sopravvenute.

L'orientamento di legittimità più recente potrebbe essere letto alla luce dell'importante, seppur risalente a un momento precedente alla riforma del 2012, pronuncia delle Sezioni Unite incline a considerare la tutela reale quale «regola» in tema di licenziamento (Cass. 10.1.2006 n. 141, in www.cortedicassazione.it, secondo cui «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto a una somma. Da ciò la necessità [...] di considerare come eccezionali le norme che escludono o limitano la tutela specifica»). Da tale lettura dovrebbe discendere che la facoltà di optare per la tutela indennitaria venga condizionata al soddisfacimento da parte del datore di lavoro dell'onere di allegare e provare le circostanze che renderebbero eccessivamente onerosa la reintegrazione: quando ciò non avvenisse il giudice non potrebbe svolgere alcuna ponderazione e dovrebbe ordinare la reintegrazione.

3. — L'ordinanza in commento esclude recisamente, e ad avviso di chi scrive condivisibilmente, la possibilità di ricorrere all'interpretazione adeguatrice sopra richiamata, ritenendo che ciò sia impedito già *ab origine* dall'inequivoco tenore del testo di legge: «a fronte di tale dato letterale insopprimibile, la sola interpretazione adeguatrice sarebbe una interpretazione chiaramente abrogatrice di un chiaro precezzo normativo, opzione ermeneutica incompatibile con il modello accentratò di verifica di costituzionalità di cui alla suprema Carta». La via dell'interpretazione adeguatrice, o «costituzionalmente orientata», sarebbe resa ancor meno praticabile alla luce del recente orientamento di legittimità che conferma la lettura testuale.

Per lo meno problematiche appaiono però le questioni legate all'ammissibilità, alla «tenuta» argomentativa e alla fondatezza del rinvio, non soltanto rispetto a ipotesi di

interpretazioni alternative costituzionalmente orientate, ma anche in relazione all'eventuale formazione di un «diritto vivente» sul punto: temi che esulano dai profili lavoristici affrontati in questa nota e per i quali è opportuno rinviare alle competenze costituzionalistiche (Tra i contributi più recenti, anche per ulteriori riferimenti dottrinali, Bertolini 2017, 269, e Amoroso 2017, 2560).

La questione di costituzionalità è sollevata non soltanto riguardo all'art. 3 Cost. di cui si dirà subito sotto, ma anche in relazione all'art. 41 Cost., nonché agli artt. 24 e 111 Cost. Rispetto alla libertà d'iniziativa economica, il vizio sarebbe legato al fatto che nel poter optare tra i due rimedi il giudice godrebbe di una prerogativa datoria: quella cioè di «commicare un nuovo e autonomo atto espulsivo in relazione a un lavoratore che avrebbe dimostrato di essere stato illegittimamente licenziato e che andrebbe, altrimenti, reintegrato nel posto di lavoro». Argomento che non pare cogliere nel segno, considerato che il potere di decidere le sanzioni da applicare nulla ha a che vedere con diritti e doveri riconosciuti dall'ordinamento alle parti private, bensì con il ruolo istituzionale e con la funzione intrinseca del potere giudiziario. Il riferimento agli artt. 24 e 111, c. 2, Cost. è anch'esso poco chiaro e ancor meno persuasivo: il diritto di azione del lavoratore sarebbe pregiudicato perché egli subirebbe «proprio nel momento della tutela dei propri diritti [...] il potenziale arbitrio [...] di chi dovrebbe tutelarlo (reintegrandolo)». Ragionamento che appare tautologico: non sarebbe garantito il diritto d'azione (e il giusto processo) una volta che il lavoratore licenziato sulla base di un fatto manifestamente insussistente non possa ottenere la reintegrazione. Come dire che di fronte a un licenziamento con gravi carenze motivazionali il lavoratore ha per ciò stesso il diritto (costituzionalmente garantito) alla stabilità: posizione tuttavia in patente contrasto con la consolidata giurisprudenza costituzionale sul punto (C. cost. 7.2.2000, n. 46, in www.cortecostituzionale.it; C. cost. 27.1.2017, n. 26, in www.cortecostituzionale.it).

Più pregnante la questione d'incostituzionalità (*ex art. 3 Cost.*) del trattamento «ingiustificatamente differenziato (a livello di tutele) di situazioni del tutto identiche, ossia il licenziamento per giusta causa e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dei quali si sia accertata in giudizio l'infondatezza [poiché] tale differenza di tutele sarebbe determinata dalla mera, insindacabile e libera scelta del datore di lavoro di qualificare in un modo o nell'altro l'atto espulsivo dallo stesso adottato e rivelatosi poi del tutto pretestuoso». Tuttavia i presupposti del licenziamento per ragioni soggettive e per ragioni economico-oggettive sono profondamente differenti e, a parere di chi scrive, rimangono parimenti differenti dinanzi a vizi (anche gravi) relativi alla giustificazione. Tale distanza tra gli istituti può ben consentire al legislatore di prevedere un diverso impianto rimediale, senza per questo oltrepassare i limiti di ragionevolezza posti dalla Carta fondamentale: è quanto ha voluto fare il legislatore della Riforma, disponendo sanzioni non omogenee per carenze motivazionali relative ai licenziamenti per ragioni oggettive ovvero a quelli per ragioni soggettive. Vi sono infatti diverse previsioni dedicate specificamente ed esclusivamente ai vizi connessi ai licenziamenti economico-organizzativi: l'istituto dell'insussistenza aggravata, la possibilità di optare per la tutela indennitaria quand'anche questa occorra, il parametro delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione in sede di quantificazione dell'indennizzo. La formulazione dell'attuale art. 18 St. lav. dimostra perciò, senz'ambiguità alcuna, la (innovativa) volontà del legislatore del 2012 di tener distinto l'impianto

to rimediale per i licenziamenti oggettivi e per quelli soggettivi. Non si trova d'altra parte convincente l'equiparazione del vizio motivazionale, seppur grave, al licenziamento pretestuoso. Un «pretesto» viene addotto per giustificare un'azione, volendone celare le ragioni recondite (ovvero «i moventi»): anche a voler concedere rilevanza giuridica alla nozione di atto pretestuoso, esso sembrerebbe avere una parentela molto più stretta con quello determinato da motivo illecito piuttosto che con quello soltanto ingiustificato. Nella fattispecie concreta oggetto del giudizio del Tribunale di Ravenna, a ben vedere, la tutela in forma specifica (tutela reale cd. «piena») poteva essere ottenuta evidenziando la sussistenza di una finalità sostitutiva (illecita), pretestuosamente celata dal motivo oggettivo non giustificato. La distinzione tra licenziamento carente di motivazione e licenziamento pretestuoso sembra peraltro coerente con quanto previsto nell'ultimo periodo dell'art. 18, c. 7, secondo cui «qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele».

Con la lettura sopra proposta non si vuole certo negare la farraginosità rimediale dell'attuale art. 18 St. lav., ma invece sollevare qualche dubbio sulla fondatezza della questione di costituzionalità circa il diverso trattamento (supposto irragionevole) riservato ai vizi motivazionali nell'ambito delle due tipologie di licenziamento. Resta invece assai delicata la tenuta costituzionale della mancata indicazione di criteri per l'esercizio della facoltà giudiziale: su questo circoscritto aspetto il rinvio in commento potrebbe essere un'occasione per la Consulta di far chiarezza.

Riferimenti bibliografici

- Amoroso G. (2017), *Interpretazione adeguatrice e condizione di ammissibilità della questione incidentale di costituzionalità*, in *FI*, I, 2560 ss.
- Barbieri M., Dalfino D. (2013), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari.
- Bertolini F. (2017), *Interpretazione conforme e diritto vivente nel giudizio liminare di corrispondenza fra la norma ed il testo della legge indicati nell'ordinanza di rimessione*, in *GCost*, 2689 ss.
- Cavallini G. (2019), *L'obbligo di repêchage nei licenziamenti per motivi economici*, in *LG*, 746 ss.
- Del Punta R. (2014), *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, 2014, FrancoAngeli, Milano, 13 ss.
- Ferraresi M. (2012), *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 256 ss.
- Galantino L. (2012), *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 231 ss.
- Grivet Fetà S. (2014), *I licenziamenti in Germania*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, FrancoAngeli, Milano, 93 ss.
- Liso F. (2012), *Le norme in tema di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *csdle.lex.unict.it*.

- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'articolo 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, 415 ss.
- Perulli A. (2012), *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, I, 785 ss.
- Pessi R. (2013), *I licenziamenti per motivi economici*, in *ADL*, I, 752 ss.
- Speziale V. (2013), *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della l. 28.6.2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 347 ss.
- Speziale V. (2014), *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza (Parte II)*, in q. *Riv.*, I, 447 ss.
- Tullini P. (2013), *Flessibilità in uscita: la nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in Aa.Vv., *Nuove regole dopo la l. n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione «versus» garanzie? Diritto del lavoro e crescita economica in ambito italiano ed europeo*, Atti del Convegno dell'associazione Avvocati giuslavoristi italiani (Agi), Ancona, 26-27.10.2012, Giappichelli, Torino, 111 ss.

Simone Varva
Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»

TRIBUNALE ROMA, 1.2.2020, ord. – Est. Savignano – M.L. (avv. Panici c. S. Srl (avv.ti Rotondi, Paone, Pati Clausi).

Trasferimento del lavoratore – Assistenza a familiare affetto da handicap grave – Benefici della l. n. 104/1992 – Diritto del lavoratore a essere trasferito ex art. 33, c. 5, l. n. 104/92, alla sede più vicina al familiare disabile – *Ius variandi* – Onere della prova ai sensi dell'art. 2103 c.c. – Onere del datore nella ricerca di posizioni lavorative presso la sede di appartenenza – Mancata dimostrazione dell'impossibilità di adibire il lavoratore alla propria sede.

Il lavoratore ha diritto a svolgere concretamente la propria attività lavorativa e a essere adibito alla propria sede di lavoro. Incombe sulla società che trasferisce il prestatore l'onere di provare l'impossibilità di utilizzarlo nella sede di appartenenza non essendo sufficiente a tal fine l'allegazione della mancanza di posti, dovendo semmai dimostrare anche l'inamovibilità degli altri lavoratori. La condotta della società è inoltre discriminatoria in quanto ha riservato alla lavoratrice un identico trattamento rispetto agli altri dipendenti, senza tener conto invece della situazione familiare della medesima, titolare di permessi di cui alla l. n. 104/1992. (1)

(1) CONSEGUENZE DEL TRASFERIMENTO ILLEGITTIMO
E DELLA MANCATA RICOLLOCAZIONE IN SERVIZIO

1. — L'ordinanza oggetto di annotazione è apprezzabile sotto un duplice aspetto in quanto viene trattata sia la fattispecie dell'adempimento contrattuale, con riferimento all'obbligo datoriale di dare lavoro, sia la discriminazione attuata nei confronti di una lavoratrice trasferita e titolare dei benefici ex l. n. 104/1992. La vicenda riguarda una giornalista di una nota emittente televisiva che veniva spostata, tramite alcune trasferte reiterate nel tempo, dalla sede di Roma a quella di Milano.

La prestatrice, innanzitutto, con ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c., ha chiesto al Tribunale di Roma che le citate trasferte venissero qualificate come trasferimento. Il giudice capitolino ha accolto la domanda ritenendo che il provvedimento datoriale avesse in realtà natura di trasferimento e che fosse illegittimo stante la mancanza delle comprovate ragioni ex art. 2103 c.c. Il giudice ha disposto, così, che la giornalista dovesse essere assegnata nuovamente presso la sede di Roma di legittima appartenenza. Avverso la statuizione cautelare non è stato proposto reclamo, né un successivo giudizio di merito da parte della società, facendo la stessa stato tra le parti al momento dell'instaurazione del secondo giudizio, oggetto della presente annotazione. Entrando nel merito degli accadimenti successivi alla prima ordinanza del Tribunale di Roma, si evidenzia che il datore di lavoro è rimasto inadempiente rispetto all'ordine giudiziale in quanto non ha provveduto a riammettere in servizio la ricorrente presso l'effettiva sede di lavoro, scegliendo di collocarla in aspettativa retribuita. La giornalista, pertan-

to, ha nuovamente presentato ricorso al Tribunale capitolino, sempre *ex art. 700 c.p.c.*, chiedendo l'accertamento della illegittima condotta datoriale che, sostanzialmente, l'ha relegata in una condizione di forzosa inattività, rivendicando il diritto a lavorare. La prestatrice ha denunciato, altresì, il comportamento discriminatorio della società per non aver tenuto in alcuna considerazione la situazione familiare della medesima in quanto titolare di permessi di cui alla l. n. 104/1992 (poiché madre di una bambina affetta da un handicap grave).

2. — Riassunti in breve i fatti di causa, l'ordinanza in commento risulta di particolare interesse, come anticipato, sia sotto il profilo dell'obbligo datoriale di «dare» lavoro, sia rispetto alla tutela del prestatore titolare di benefici *ex l. n. 104/1992* allorché il medesimo sia destinatario di un provvedimento di spostamento o trasferimento. In particolare, la pronuncia *de qua* tratta le seguenti questioni: l'onere della prova posto a carico del datore di lavoro ove quest'ultimo assuma, a seguito di un ordine giudiziale, di non poter «riassegnare» la lavoratrice alla propria sede di provenienza; l'obbligo per la società di comparare (o meno) la prestatrice con gli altri dipendenti addetti alla medesima sede. Il giudice, partendo dall'assunto che la mancata assegnazione di lavoro costituisce inadempimento contrattuale da parte del datore di lavoro, ha rilevato che il prestatore ha diritto a espletare appieno la propria attività lavorativa. Tale principio, secondo il Tribunale di Roma, trova insuperabile supporto giuridico nelle disposizioni dell'art. 18 St. lav. ove, infatti, la reintegrazione nel posto di lavoro presuppone l'effettiva riammissione in servizio e, se ciò è «previsto quale rimedio nella fase patologica del rapporto, sussiste a maggior ragione nell'ambito del suo fisiologico svolgimento» (A riguardo, il giudice richiama espressamente Cass. 15.9.2004, n. 18537, in *LG*, 2005, con nota di Casamassima, 237 ss.). Tale norma, tuttavia, sempre a parere del giudice, non è l'unica fonte che codifica il diritto a lavorare del prestatore, che trova ulteriore cogenza nell'art. 2103 c.c. Questa disposizione, nel prevedere che il lavoratore deve essere adibito alle mansioni equivalenti (nel testo previgente), o a quelle riferibili al proprio livello, conferma che il medesimo ha diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa a cui corrisponde un «correlativo obbligo» del datore di lavoro a non lasciarlo inattivo. In tal senso, l'art. 2103 c.c., secondo la dottrina, non si limita a imporre al datore di lavoro un comportamento di contenuto omissivo ma, al contrario, lo obbliga a farlo lavorare (cfr. Meucci 2007, 633).

In tal senso, infatti, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'art. 2103 c.c. non è solo norma di disciplina, ma individua un vero e proprio diritto del lavoratore all'effettivo svolgimento della propria prestazione poiché il lavoro costituisce «non solo un mezzo di sostentamento e di guadagno, ma anche un mezzo di estrinsecazione della personalità del lavoratore, ai sensi degli artt. 2, c. 1, 4, c. 1, e 35, c. 1, Cost.» (In merito, cfr. Cass. 1.6.2002, n. 7697, in *NGL*, 2002, 761 ss.; *ex multis*: Cass. 8.11.2004, n. 21253, in *DPL*, 2005, 961 ss.; Cass. 22.2.2003, n. 2763, in *OGL*, 2003, 311 ss.; nonché Cass. 14.11.2001, n. 14199, in *NGL*, 2002, 175 ss.).

Pertanto, la lesione di tale interesse della persona, che assurge a diritto soggettivo in ragione della stipulazione del contratto di lavoro, costituisce un inadempimento contrattuale da parte del datore di lavoro e determina, oltre all'obbligo di corrispondere le retribuzioni dovute, l'obbligo del risarcimento del danno da dequalificazione professionale (In proposito, Cass. 6.3.2006, n. 4766, S.U., in *RCDL*, 2006, II, 387

ss., in tema di inadempimento datoriale e ripartizione dell'onere della prova in materia di dequalificazione; nonché cfr.: Cass. 2.11.2001, n. 13580, in *LPO*, 2001, 1623 ss.; Cass. 4.10.1995, n. 10405, in *FI*, 1995, I, 3133 ss.). L'inattività del prestatore integra, infatti, una violazione non solo dell'art. 2103 c.c., ma anche del diritto al lavoro, che trova apposita tutela anche nell'art. 4 Cost. «quale dimensione fondamentale della personalità umana» (Petrillo 2013, 105).

Alla luce di tali riferimenti normativi e giurisprudenziali, secondo l'ordinanza in commento la domanda con cui il ricorrente chiede l'accertamento dello stato di inattività è un'azione di inadempimento contrattuale, assoggettata in quanto tale alla disciplina di cui agli artt. 1218 ss. c.c.; ne consegue che il lavoratore (creditore) può limitarsi a eccepire la mancata assegnazione di lavoro, gravando sul datore (quale debitore) l'onere di provare «il fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, o della sopravvenuta impossibilità del predetto adempimento». Il Tribunale, partendo da tali premesse metodologiche, ha quindi valutato le deduzioni e le allegazioni datoriali sul mancato ripristino del rapporto di lavoro. La società, nel costituirsì in giudizio, aveva sostenuto che la scelta di non riammettere in servizio la lavoratrice era stata determinata da diverse ragioni e, in particolare: da un processo di riorganizzazione attuato presso la sede di Roma; dalla mancata disponibilità della giornalista ad accettare la trasferta a Milano; dalla volontà di evitare il licenziamento proprio in ragione delle peculiari condizioni familiari della lavoratrice (mamma di una bambina affetta da grave handicap). Il Tribunale, tuttavia, verificato che nella sede romana erano rimasti in servizio ben 31 giornalisti, ha rilevato che la società in nessun passaggio della memoria difensiva aveva dedotto che la lavoratrice non avesse la professionalità adeguata a ricoprire uno di quei posti, né contestato che la medesima avesse maturato un'esperienza ultradecennale nei più disparati settori del giornalismo. Il giudice, in virtù di tali presupposti e senza entrare nel merito della scelta aziendale, ha ritenuto che la particolare condizione della lavoratrice «non solo rende possibile, ma impone un sindacato penetrante sulla scelta datoriale, stante il divieto sancito dall'art. 33, c. 5, l. n. 104/1992, di trasferire il lavoratore». Secondo il Tribunale di Roma, la giornalista, madre di una bambina in situazione di handicap grave, aveva diritto a rimanere presso la sede di Roma più degli altri 31 giornalisti assegnati. La società, pertanto, non avrebbe dovuto limitarsi a dimostrare che la redazione romana fosse satura ma, semmai, che coloro che erano ivi addetti (i 31) avessero una professionalità che la ricorrente non possedeva e che anche loro fossero in una situazione di inamovibilità al pari della medesima. Il giudice, conseguentemente, ha ritenuto illegittima la condotta datoriale sotto un duplice profilo: da una parte, la violazione del divieto di trasferimento ex art. 33, c. 5, l. n. 104/1992; dall'altra, il divieto di privazione di mansioni.

La pronuncia in commento, quindi, ribadisce ed esalta la *ratio garantista* sottesa alla l. n. 104 del 1992, che, come è stato chiarito anche dalla Corte costituzionale del 16.6.2005, n. 233, risiede nell'obbligo di predisporre tutte le azioni utili al fine di garantire il « pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e autonomia della persona handicappata»; obiettivo quest'ultimo che non può prescindere dal riconoscimento di speculari e complementari diritti ai lavoratori che assistono parenti affetti da disabilità, e ciò «all'evidente fine di assicurare continuità nelle cure e nell'assistenza ed evitare vuoti pregiudizievoli alla salute psico-fisica del soggetto diversamente abile» (Al riguardo, vd. C. cost. 16.6.2005, n. 233, in q. *Riv.*, 2005, n. 4, II, 787 ss.).

In tal senso, il trasferimento, quale provvedimento datoriale che può incidere anche in modo significativo sulla vita del lavoratore, impone una più attenta e scrupolosa indagine da parte del magistrato ove il destinatario sia titolare dei benefici di cui alla citata legge n. 104/1992. La stessa giurisprudenza di legittimità è ormai granitica nel ritenere che le disposizioni di tale normativa, di carattere speciale, vadano interpretate in senso fortemente restrittivo del potere datoriale di disporre lo spostamento della sede di lavoro del lavoratore che assiste il disabile (Cass. 12.12.2016, n. 25379, in q. *Riv.*, 2017, II, 251 ss., con nota di Salvagni). D'altra parte, una diversa interpretazione di tale normativa si tradurrebbe, sul piano concreto, in un sostanziale svilimento delle ragioni che hanno indotto il legislatore a introdurre una disciplina di salvaguardia e tutela del disabile. Infatti, l'allontanamento del soggetto che assiste il portatore di handicap determina inevitabilmente il venir meno, o comunque un affievolimento dei rapporti di assistenza e cura quotidiana del soggetto bisognevole.

In tal senso, si segnala che la Cassazione, nella citata pronuncia del 2016, ispirandosi a valori costituzionali e norme sovranazionali (tra cui la Carta di Nizza e la Convenzione delle Nazioni Unite), si è spinta fino al punto di estendere tale tutela «rafforzata» anche ai soggetti portatori di handicap non grave o il cui grado di gravità sia in corso di accertamento, e quindi anche oltre lo stesso dato normativo che, ai sensi dell'art. 33, c. 5, è testualmente rivolto ai soli disabili in condizioni di gravità (Cfr. Salvagni 2017, 255).

In un'ottica ancora più ampia e di natura sistematica, la valutazione e considerazione della situazione personale in cui versa il lavoratore è imposta, ancor prima, alla stregua degli obblighi di correttezza e buona fede *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*, proprio in ragione dello stravolgimento conseguente allo spostamento del luogo di lavoro; nonché dallo stesso art. 2103 c.c., norma preordinata a preservare l'insieme di relazioni umane e sociali che legano il lavoratore al complesso produttivo presso cui è adibito.

Tale impianto normativo implica che il sindacato sulla legittimità del trasferimento del prestatore titolare dei benefici di cui alla l. n. 104/1992, come confermato dalla pronuncia in esame, deve essere teso a verificare, con onere della prova a carico del datore di lavoro, non solo l'effettiva sussistenza delle «comprovate ragioni» di cui all'art. 2103 c.c., ma anche e soprattutto che il provvedimento non si traduca in una compromissione della tutela del soggetto disabile (Sul tema, cfr. Bonardi 2011, 785). Ciò al fine di realizzare un effettivo bilanciamento tra contrapposti interessi, e in particolare quello alla libera iniziativa economica del datore di lavoro, di cui all'art. 41 Cost., e quello alla tutela dei soggetti portatori di handicap.

3. — Infine, occorre dare risalto a un altro importante aspetto affrontato dall'ordinanza in esame, conseguente all'intervento adesivo in giudizio della consigliera di parità della Città metropolitana di Roma. Secondo le argomentazioni della parte interveniente, nel caso di specie si sarebbe verificata anche una grave discriminazione nei confronti della lavoratrice in ragione della situazione di inattività e dell'«ostinato rifiuto» della società di ricollocare la medesima presso la sede romana. Sul punto il giudice afferma, in maniera del tutto condivisibile, che la scelta di lasciare la giornalista in aspettativa retribuita non rappresenta un trattamento di favore, ma «appare ulteriormente significativa della volontà di estromettere la lavoratrice dal contesto lavorativo, pur nella consapevolezza delle sue condizioni familiari disagiate e quindi meritevoli di

tutela». È proprio in tale «consapevolezza» che si rinviene la discriminazione operata nei confronti della prestatrice, posto che la medesima è stata destinataria di «un trattamento identico a quello riservato ad altri lavoratori che *non si trovavano in detta condizione*». Infatti, a parere del giudice capitolino, non avendo la società prospettato anche agli altri 31 giornalisti una trasferta o un trasferimento a Milano, visto che la redazione romana non era stata soppressa, si è realizzata una discriminazione indiretta, ai sensi dell'art. 25, c. 2, del d.lgs. n. 198/2006.

In conclusione, a parere di chi scrive, al lavoratore che assiste un soggetto disabile l'ordinamento appresta una tutela particolarmente rigorosa, preservandolo non solo da illegittimi e arbitrari provvedimenti di trasferimento, ma anche da determinazioni aziendali volte a pregiudicarne la professionalità attraverso lo svuotamento di mansioni; esautoramento che, nell'ottica accolta dall'ordinanza in analisi, assurge anche a elemento fortemente indiziaro di una volontà discriminatoria.

Riferimenti bibliografici

- Bonardi O. (2011), *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in q. *Riv.*, II, 785 ss.
- Casamassima L. (2005), *Regime protettivo invocabile dalla lavoratrice madre licenziata*, in *LG*, n. 3, 237 ss.
- Meucci M. (2007), *Alcuni puti fermi in tema di oneri probatori del demansionamento e del mobbing*, in *RCDL*, III, 633 ss.
- Petrillo A. (2013), *Diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione e danno non patrimoniale: incertezze interpretative e spunti evolutivi*, in *RIDL*, II, 105 ss.
- Salvagni M. (2017), *L'interpretazione costituzionalmente orientata in materia di trasferimento del lavoratore che assiste il soggetto affetto da disabilità non grave*, in q. *Riv.*, II, 251 ss.

Rosalina Panetta
Avvocata in Roma

DIRITTO SINDACALE

CORTE D'APPELLO VENEZIA, 14.11.2019 – Pres. Alessio, Est. Multari – F.S. Spa (avv.ti Cimetti, Trombetta) c. B.M., B.C. (avv. Magalini).

Contratto collettivo – Contratto aziendale – Usi aziendali – Sindacati – Retribuzione.

Ai fini della configurabilità della proroga tacita degli accordi collettivi aziendali, è necessario che le parti abbiano inteso dare seguito alle pattuizioni nella loro integralità e non solo a una parte di esse. In quest'ultima ipotesi, infatti, si verrebbe a configurare un uso aziendale, la cui modificazione unilateralmente non è legittima, essendo necessario stipulare un contratto collettivo aziendale. (1)

(1) I PRESUPPOSTI PER LA TRASFORMAZIONE A TEMPO INDETERMINATO DEL CONTRATTO AZIENDALE

1. — Con la sentenza in esame, la Corte d'Appello di Venezia affronta due questioni lungamente dibattute in dottrina e giurisprudenza: la configurazione dell'uso aziendale (Per un'ampia ricostruzione, vd. Valente, 2006) e l'ultrattività del contratto collettivo (Cfr. Pacchiana Parravicini 2012, 395 ss.).

La sentenza chiarisce inoltre la corretta individuazione dei comportamenti idonei a manifestare la volontà delle parti di trasformare a tempo indeterminato un contratto collettivo aziendale inizialmente stipulato a tempo determinato (Cfr. Cass. 10.11.2000, n. 14613, in *MGL*, 2001, n. 2, con nota di Gramiccia).

Questi brevemente i fatti di causa. Un'impresa metalmeccanica adiva il giudice del lavoro di Verona per la revoca di otto decreti ingiuntivi emessi in favore di alcuni dipendenti, riguardanti il pagamento di parte del trattamento economico dovuto in forza di un contratto collettivo aziendale di cui il datore di lavoro asseriva la disdetta a far data dal 22.9.2014: motivo per il quale, a partire dal 2015, il premio di produzione, l'elemento di produzione e il superminimo di categoria non erano stati più riconosciuti.

A propria difesa, il datore di lavoro richiamava l'orientamento della Cassazione secondo il quale «il contratto integrativo aziendale che venga applicato – nell'esecuzione del rapporto di lavoro subordinato – dopo lo spirare del termine finale spontaneamente da entrambe le parti contraenti (datore di lavoro e lavoratori) senza che esse abbiano

manifestato esplicitamente o implicitamente il loro intento di ritenerlo vincolante per altro termine di eguale durata, si trasforma in contratto (integrativo aziendale) a tempo indeterminato, risolvibile a seguito di recesso unilaterale di ciascuna delle parti» (Cass. 10.11.2000, n. 14613, cit.).

Il giudice di primo grado non condivideva la tesi aziendale in quanto nel caso di specie il contratto collettivo aziendale poteva essere espressamente o tacitamente rinnovato soltanto dalle parti contraenti e non anche, come nel caso in esame, dai singoli lavoratori, che non possono essere ritenuti controparte del datore di lavoro.

Inoltre, dagli atti di causa emergeva che l'azienda aveva «tacitamente rinnovato» fino al 2014 soltanto alcune clausole relative alle voci retributive riguardanti il premio di produzione, l'elemento di produzione e il superminimo di categoria. In sintesi, non continuando a dare esecuzione alle restanti disposizioni l'impresa avrebbe continuato ad applicare solo parzialmente il contratto collettivo aziendale. Questa circostanza, a detta del Tribunale, fa venire meno i presupposti per la trasformazione a tempo indeterminato del contratto collettivo aziendale individuati dalla Cassazione.

Ne segue che il diritto dei lavoratori a percepire gli emolumenti azionati nel procedimento monitorio non scaturirebbe dal contratto aziendale trasformato per fatti concludenti in contratto a tempo indeterminato (poi disdettato), ma dalla formazione di un uso aziendale consistente nel caso di specie nell'aver continuato a corrispondere alcune voci del trattamento economico pattuite nel contratto aziendale oltre la scadenza fissata dal medesimo.

Dalla condotta datoriale reiterata nel tempo in modo spontaneo e unilaterale («Reiterazione di un comportamento del datore di lavoro verso i dipendenti che si traduca in un trattamento economico e normativo di maggior favore rispetto a quello previsto nei contratti individuali e collettivi»: Cass. 2.9.2013, n. 20085, in *D&G*, 2013, 1261 ss., con nota di Nocera) deriva l'insorgenza di «un obbligo unilaterale di carattere collettivo, che agisce sul piano dei rapporti [...] con la stessa efficacia di un contratto collettivo» (Cass. 19.2.2016, n. 3296, in *DeJure*), la cui modifica, tuttavia, non può essere disposta unilateralmente dal datore di lavoro, necessitando invece la stipula di un accordo aziendale, che avrebbe anche la competenza a modificare *in peius* l'uso aziendale.

Sulla base di questa impostazione del tema, il Tribunale rigettava il ricorso presentato dall'impresa ricavando la sussistenza di uso aziendale in favore dei lavoratori, desumibile dalla condotta del datore di lavoro consistente nell'aver spontaneamente continuato a erogare alcuni istituti retributivi nonostante l'accordo aziendale fosse giunto a scadenza.

La decisione, impugnata dalla società appellante, è condivisa dalla Corte d'Appello che si avvale del consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia (Sui presupposti per la configurazione dell'uso aziendale e i relativi effetti cfr.: Cass. 2.9.2013, n. 20085, cit.; Cass. 19.2.2016, n. 3296, cit.; Cass. 10.3.2017, n. 6295, in *GLav.*, 2017, n. 17, 66 ss.). In particolare, per quanto concerne l'applicazione integrale del contratto collettivo aziendale oltre la sua naturale scadenza, presupposto ineludibile per la trasformazione del contratto aziendale da tempo determinato in uno a tempo indeterminato, la Corte rileva che gli istituti normativi richiamati dall'azienda appellante e applicati ai rapporti di lavoro trovano la loro fonte negoziale nel Ccnl e non negli accordi aziendali oggetto dell'asserita

trasformazione. Sulla base di tale circostanza la Corte nega la trasformazione a tempo indeterminato del contratto collettivo aziendale per mancanza di prova «della volontà dei contraenti di prorogare oltre la scadenza naturale gli accordi nella loro integralità – unico elemento da cui avrebbe potuto ricavarsi la volontà negoziale di prostrarne la durata nel tempo».

In aggiunta alle argomentazioni fin qui illustrare, la Corte d'Appello osserva che se le parti non dispongono diversamente (Per una rassegna delle tipologie di clausole che sanciscono l'ultrattività del contratto collettivo di diritto comune, vd. Pacchiana Parravicini 2012, 410), il contratto collettivo aziendale, quale contratto di diritto comune, è sottratto alla regola dell'ultrattività sancita dall'art. 2078 c.c.: disposizione che trova applicazione solo per i contratti collettivi corporativi (Cfr. Cass. 30.5.2005, n. 11325, S.U., in *MGL*, 2005, 590 ss.; sull'ultrattività del contratto collettivo aziendale, vd. anche: Cass. 2.2.2009, n. 2590, in *DeJure*; Cass. 17.1.2004, n. 668, in *DeJure*; Cass. 10.4.2000, n. 4534, in *NGL*, 2000, 556 ss.). Da questa ulteriore constatazione discende che le condotte poste in essere dal datore di lavoro sarebbero sussumibili nell'istituto dell'uso aziendale, che avrebbe agito non in virtù di un obbligo contrattuale reso persistente dalla ultrattività, ma in virtù di una condotta unilaterale e volontaria (Cfr. Valente 2006, 119).

La sentenza ora esaminata è coerente, nel complesso, a precedenti orientamenti giurisprudenziali e ha l'indiscutibile merito di aver chiarito quando le parti possono considerare il contratto collettivo aziendale – sottoposto inizialmente a un termine di durata ben preciso – trasformato a tempo indeterminato.

La Corte ribadisce che per la detta trasformazione è necessario che l'accordo sia di fatto tacitamente prorogato *nella sua interezza* per un *apprezzabile lasso di tempo*, non bastando che sia garantita l'oservanza solo di alcune delle pattuizioni: e ciò per l'intuitiva ragione – non espressa in sentenza – che risiede nella funzione che l'ordinamento assegna al contratto aziendale: la regolazione di interessi strutturalmente indivisibili (De Luca Tamajo 1985, 27; Lunardon 2012, 21 ss.; Pizzuti 2019, 569. Sul punto, di recente, cfr. Cass. 28.4.2020, n. 8265, in *Bollettino Adapt*, 13 luglio 2020, n. 28).

Se si ammettesse la possibilità di prorogare tacitamente a tempo indeterminato l'efficacia solo di alcune delle disposizioni negoziate, verrebbe compromesso l'equilibrio sinallagmatico del contratto, costruito e raggiunto dalle parti in sede negoziale attraverso reciproche concessioni (Tiraboschi 1994, 120; sul punto vd. anche Carinci *et al.* 2017, 248). Sinallagma che, invece, può essere rivisitato solo con l'apertura di un confronto sindacale mirato a mettere nuovamente in equilibrio i diversi interessi in gioco. Pertanto, tutte le volte in cui il datore di lavoro, una volta scaduto il contratto collettivo aziendale, proseguia nel riconoscere ai lavoratori soltanto alcuni dei diritti, anche di natura retributiva, in esso contenuti, questi assumeranno il rango di usi aziendali sempre di natura collettiva, modificabili solo con la stipulazione di un apposito accordo sindacale.

Riferimenti bibliografici

- Carinci F. *et al.* (2017), *Diritto del lavoro. 1. Il diritto sindacale*, Utet, Torino.
De Luca Tamajo R. (1985), *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, 1985, n. 1, I, 16 ss.

- Lunardon F. (2012), *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *DLRI*, 2012, 133, 21 ss.
- Pacchiana Parravicini G. (2012), *Ultrattività, risoluzione, disdetta, del contratto collettivo nella prassi e nella giurisprudenza*, in *ADL*, n. 2, I, 395 ss.
- Pizzuti P. (2019), *Contratto aziendale e dissenso individuale*, in *DRI*, n. 2, 567 ss.
- Tiraboschi M. (1994), *L'efficacia temporale del contratto collettivo di lavoro: atipicità dello schema negoziale, giuridicità del vincolo e cause di scioglimento*, in *DRI*, n. 1, 83 ss.
- Valente L. (2006), *Consuetudini e usi nel rapporto di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano.

Giovanni Piglialarmi
Assegnista di ricerca
presso l'Università di Modena e Reggio Emilia

TRIBUNALE FIRENZE, 28.1.2020 – Est. Nuvoli – D.A.B. (avv. ti Calvani, Stramaccia) c. V.B Srl (avv. Feri).

Appalto – Contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali dotate di maggiore rappresentatività – Applicazione – Sussiste.

L'art. 30, c. 4, d.lgs. n. 50/2016, non detta unicamente la disciplina del rapporto negoziale tra gli enti appaltanti e le imprese appaltatrici, ma impone a queste ultime l'applicazione della contrattazione collettiva stipulata dalle organizzazioni sindacali dotate di maggiore rappresentatività, anche in assenza di una clausola che, espressamente contenuta nel bando e nel contratto di appalto, disponga in tal senso. (1)

(1) SULL'APPLICAZIONE DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA SOTTO-SCRITTA DALLE OO.SS. PIÙ RAPPRESENTATIVE

1. — La sentenza del Tribunale di Firenze si segnala per aver riconosciuto, attraverso il richiamo alle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 (cd. Codice degli appalti), il diritto del lavoratore all'applicazione della contrattazione collettiva sottoscritta dalle associazioni sindacali dotate di maggiore rappresentatività.

Nel caso di specie, un lavoratore di una società privata di fornitura e servizi accessori di acqua, gas, energia e calore ha chiesto il riconoscimento del livello di inquadramento superiore per le mansioni effettivamente svolte, previo accertamento dell'obbligo di applicare, al rapporto di lavoro in essere tra le parti, il Ccnl Confcommercio, in luogo di quello intersettoriale Conflavoro.

Il giudice fiorentino ha accolto il ricorso e ha riconosciuto al lavoratore il livello di inquadramento superiore previsto dal Ccnl Confcommercio, motivando il *decisum* sul presupposto che, in forza della tipologia di attività svolta dall'impresa, dovesse trovare applicazione il Codice degli appalti pubblici, le cui disposizioni prevedono il diritto dei dipendenti all'applicazione della contrattazione collettiva stipulata dalle associazioni sindacali dotate di maggiore rappresentatività, individuata, nel caso di specie, nel Ccnl aziende terziario, distribuzione e servizi sottoscritto da Confcommercio e Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e Uiltucs-Uil, e non già quello sottoscritto da Conflavoro Pmi, Confosal.

Il Tribunale ha, altresì, respinto le eccezioni di incostituzionalità sollevate dall'impresa con riguardo agli artt. 39, 41 e 36 Cost. In particolare, con riferimento alla violazione della libertà sindacale, non è stata rinvenuta una violazione dell'art. 39 Cost. perché gli articoli del Codice degli appalti non attribuiscono efficacia *erga omnes* alla contrattazione collettiva sottoscritta dalle organizzazioni sindacali più rappresentative, bensì rinviano a essa quale parametro esterno di valutazione giudiziale della proporzionalità e della sufficienza del relativo trattamento economico. A sostegno sono state richiamate sia C. cost. 26.3.2015, n. 51 (In q. Riv., 2015, II, 493 ss.), in tema di trattamento economico del socio di cooperativa, sia le disposizioni che, a diversi fini, fanno riferimento alla contrattazione collettiva dotata di maggiore rappresentatività, tra

cui l'art. 2, c. 25, l. n. 549/1995, in materia di minimale contributivo. Parimenti infondate sono state ritenute le eccezioni relative alla violazione degli artt. 36 e 41 Cost. perché l'applicazione della diversa contrattazione non determina, in concreto, un effettivo aggravio per l'impresa, essendo analoghi i livelli retributivi dei due Ccnl.

La sentenza riporta l'attenzione su un tema che, in assenza di regole sull'efficacia generale dei contratti collettivi e sulla selezione dei soggetti sindacali abilitati a stipularli, investe il diritto del lavoratore all'applicazione della contrattazione collettiva sottoscritta dalle associazioni sindacali più rappresentative.

Sul punto, l'orientamento consolidato ritiene che «il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma può solo eventualmente richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione *ex art.* 36 Cost., deducendo la non conformità al precezzo costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto applicato» (Cfr.: Cass. 16.1.1997, n. 2665, S.U., in *GC*, 1997, I, 1199 ss., con nota di Pera; Cass. 15.12.1997, n. 12663, in *RIDL*, 1998, II, 454 ss.; Cass. 7.8.2000, n. 10374, in *DeJure*; Cass. 23.6.2003, n. 9964, in *MGL*, 2003, n. 6, 143 ss.).

In tal modo, la giurisprudenza ha costantemente riconosciuto la libertà dell'imprenditore di scegliere il contratto collettivo da applicare al proprio personale, persino qualora esso non sia propriamente pertinente alla tipologia delle mansioni espletate da quest'ultimo, ritenendo inapplicabile l'art. 2070 c.c. alla contrattazione di diritto comune e facendo gravare sul lavoratore l'onere di provare l'inadeguatezza della retribuzione in relazione alla qualità e alla quantità del lavoro prestato, ai sensi dell'art. 36 Cost.

In controtendenza si pongono le disposizioni del Codice degli appalti che, al fine di garantire un'adeguata tutela ai lavoratori impiegati negli appalti pubblici, ancorano i trattamenti economici e normativi di tali lavoratori a quelli previsti dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, così da evitare che agli stessi vengano applicati livelli retributivi al «ribasso» sulla base di previsioni contrattuali sottoscritte da Oo.Ss. di dubbia rappresentatività. Si tratta, invero, di una tecnica di tutela già utilizzata dall'art. 36 St. lav., che imponeva all'appaltatore l'obbligo di applicare, nei confronti dei lavoratori dipendenti, condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona. In maniera più incisiva, nel Codice degli appalti, l'art. 30, c. 4, prevede che al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni sia applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente. In materia di subappalto, inoltre, l'art. 105, c. 9, precisa che l'affidatario è tenuto a osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni ed è altresì responsabile in solido dell'osservanza di tale previsione da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti.

Da quanto detto emerge in maniera evidente l'intenzione del legislatore di assicurare l'eguale trattamento economico e normativo dei futuri lavoratori impiegati sul-

l'appalto dalle imprese concorrenti, attraverso la selezione di una fonte collettiva privilegiata (Il cd. contratto collettivo *leader*. Cfr. nota del ministero del Lavoro 26.7.2016, n. 14775), poiché, «meglio di altre, recepisce l'andamento delle dinamiche retributive» (Così C. cost. 26.3.2015, n. 51, cit.).

In sostanza, le imprese che partecipano a una gara per un appalto pubblico ovvero per la concessione di un pubblico servizio non possono utilizzare come fattore competitivo il trattamento economico e normativo destinato ai lavoratori, che deve essere pari, almeno, al minimo previsto dai contratti collettivi di lavoro e che, pertanto, rappresenta un limite inderogabile alla concorrenza tra imprese (In dottrina, vd. Pera 1998, 2427).

Ciò in applicazione della consolidata teoria dell'onere di applicazione del contratto collettivo, in base alla quale il legislatore «stabilisce, a carico delle imprese che intendono usufruire dei provvedimenti di concessione di benefici e agevolazioni di carattere finanziario o creditizio accordati dallo Stato oppure acquisire appalti per l'esecuzione di opere pubbliche [...], l'obbligo di applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti alcune garanzie di tutela minima (prevalentemente di carattere economico ma non solo), in particolare assicurando l'osservanza dei contratti collettivi di lavoro» (Ghera 2001, 133). Tali disposizioni – note anche come clausole sociali – sono state ritenute legittime dal punto di vista costituzionale (sebbene con riferimento alla norma dello Statuto) perché non determinano una indebita estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi posto che questi assumono la funzione di termine di raffronto, nel senso di fornire una semplice indicazione di minimo retributivo da rispettare anche ai sensi dell'art. 36 Cost. (Cass. 21.12.1991, n. 13834, in *GI*, 1993, 640 ss.; Cass. 25.7.1998, n. 7333, in *RIDL*, 1999, II, 459 ss.); né vi sarebbe una lesione dell'iniziativa economica dell'impresa, che resta libera di scegliere se partecipare alle procedure selettive, decidendo, nel primo di caso, di vincolarsi al rispetto delle previsioni collettive, ritenute condizione di accesso al mercato degli appalti pubblici (C. cost. 16.7.1987, n. 270, in *MGL*, 1987, 448 ss.; C. cost. 19.6.1998, n. 226, in *GCost.*, 1998, I, 2324 ss.; in dottrina, cfr. Scarpelli 2006, 772). Tuttavia, le ambiguità delle fonti legislative che, formalmente, proiettano al livello più elevato la protezione dei lavoratori finiscono per essere ricondotte, nell'applicazione pratica, agli standard di protezione minima con esclusivo riferimento al trattamento economico. Secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, infatti, la clausola sociale attribuisce un autonomo diritto soggettivo dei lavoratori a ottenere dal datore di lavoro non già l'applicazione diretta e integrale del contratto collettivo – non comportando una estensione dell'efficacia soggettiva del contratto – quanto il rispetto del trattamento minimo previsto dal contratto medesimo (Cass. 25.7.1998, n. 7333, cit.).

Anche i giudici amministrativi evitano di affermare, *apertis verbis*, l'obbligo di applicazione del contratto collettivo *leader*, quasi a voler scongiurare possibili dubbi di legittimità costituzionale della norma, limitandosi ad assicurare i trattamenti economici minimi. Così, in linea di principio, si sostiene che la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti con il solo limite che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto (C. Stato 25.2.2020, n. 1406, S. III, in *DeJure*; C. Stato 6.8.2019, n. 5575, S. V, in *DeJure*; C. Stato 28.2.2019, n. 1409, S. VI, in *DeJure*; C. Stato 12.3.2018, n. 1574, S. III, in *DeJure*). Di conseguenza, una volta ammessa l'applicazione di un con-

tratto differente, viene accolta la possibilità di un diverso trattamento economico, che deve comunque essere rispettoso delle condizioni contrattuali minime.

Se, quindi, con riferimento alla normativa attuale possono essere agevolmente superati i dubbi di costituzionalità relativi al trattamento economico minimo ai sensi dell'art. 36 Cost., più complesso appare il vaglio di legittimità relativo all'integrale rispetto del trattamento normativo che gli artt. 30, c. 4, e 105, cit., sembrano prescrivere, soprattutto in relazione al monito di C. cost. n. 106/1962 (In *FI*, 1963, n. 4, I, 648 ss.). Al riguardo, riprendendo le argomentazioni di C. cost. 19.6.1998, n. 226, (In *GCost.*, 1998, I, 2324 ss.), si potrebbe sostenere che, in un eventuale scrutinio di legittimità costituzionale, il sacrificio della libertà sindacale del datore di lavoro possa trovare un ragionevole bilanciamento con l'art. 97 Cost., posto che la clausola di equo trattamento ha lo scopo non solo di tutelare il lavoro subordinato, ma anche di perseguire l'interesse pubblico «secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (per ottenere la pubblica amministrazione le condizioni più favorevoli) e della parità di trattamento dei concorrenti nella gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o turbative)» (C. cost. n. 226/1998, cit.; in dottrina, vd. Novella 2020, 277). Inoltre, se il rispetto della contrattazione delle organizzazioni sindacali più rappresentative può essere legittimamente imposto a tutte le imprese che operano in un determinato settore quale quello delle cooperative, si potrebbe ritenere che ciò possa valere anche per le aziende che operano nel settore degli appalti (In questo senso, vd. Borgogelli 2016, 988).

Il giudice fiorentino, coraggiosamente, tenta di uscire dal perimetro del trattamento economico minimo solitamente riconosciuto ai lavoratori impiegati in appalti pubblici e solleva, al contempo, una serie di perplessità sia con riferimento all'ordinamento interno e ai già citati limiti dell'efficacia del contratto collettivo che lo caratterizzano, sia ai principi eurounitari, così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha ritenuto un onere sproporzionato per l'impresa aggiudicataria l'integrale applicazione del Ccnl non a efficacia generale (Cfr. C. Giust. 3.4.2008, C-346/06, *Ruffert*, in *DeJure*; in senso più ampio, vd. Tullini 2018, 199).

Nella perdurante assenza di una soluzione al problema dell'efficacia generale dei contratti collettivi, l'attuale lacuna normativa affida la sorte dell'effettiva tutela dei diritti dei lavoratori alle decisioni giurisprudenziali. È, allora, sempre più urgente un intervento legislativo che risolva il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune soprattutto in un contesto di proliferazione di prodotti negoziali (Al riguardo, risultano ancora attuali le riflessioni di Prosperetti 1989, 9 ss.). La soluzione proposta, anche nel Codice degli appalti, di individuare un contratto collettivo *leader* sulla base di una misurazione e comparazione esclusivamente quantitativa di rappresentatività delle parti firmatarie non appare allo stato appagante. Il paradosso del Ccnl *leader*, così individuato, non appare rispettoso dei criteri richiesti dall'art. 36 Cost. (Vd. T. Milano 30.6.2016, in *DeJure*; C. App. Milano 27.12.2017, in *DeJure*) ed evidenzia, infatti, la necessità di una verifica non solo dei soggetti, ma anche dei contenuti che non sia esclusivamente quantitativa.

Riferimenti bibliografici

- Borgogelli F. (2016), *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione nell'autonomia collettiva*, in *LD*, n. 4, 985 ss.
- Ghera E. (2001), *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, n. 2, 133 ss.
- Novella M. (2020), *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, in *LD*, 2, 261 ss.
- Pera G. (1998), *Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi*, in *GC*, I, 2426 ss.
- Prosperetti G. (1989), *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Giuffrè, Milano.
- Scarpelli F. (2006), *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in q. *Riv.*, I, 753 ss.
- Tullini P. (2018), *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in *RIDL*, I, 199 ss.

Barbara Caponetti
Dottoressa di ricerca

SICUREZZA SOCIALE

CORTE DI GIUSTIZIA, 12.12.2019, C-450/18, S. Prima – Avv. Gen. Bo-bek – W.A. c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (Inss).

Discriminazioni – Discriminazione diretta fondata sul sesso – Parità di trattamento tra uomini e donne – Deroche – Sicurezza sociale.

La Direttiva n. 79/7, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, deve essere interpretata nel senso che ostacola una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede il diritto a un'integrazione della pensione per le donne che abbiano avuto almeno due figli biologici o adottati e siano titolari, nell'ambito di un regime del sistema di previdenza sociale nazionale, di pensioni contributive di invalidità permanente, mentre gli uomini che si trovano in una situazione identica non hanno diritto a una siffatta integrazione della pensione. (1)

(1) DIVERSO TRATTAMENTO PENSIONISTICO PER UOMINI E DONNE E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

1. — La sentenza in esame trae la sua origine dalla controversia sorta tra un cittadino spagnolo e l'*Instituto Nacional de la Seguridad Social* (d'ora in poi, Inss), in ordine al rifiuto di quest'ultimo di riconoscere, nei confronti del primo, l'integrazione della pensione prevista ai sensi dell'art. 60, par. 1, della *Ley General de Seguridad Social* (d'ora in poi, Lgss) per le donne madri di almeno due figli, biologici o adottati, già titolari di una pensione contributiva versata dall'istituto di previdenza sociale spagnola.

Nello specifico, la vicenda ha avuto origine con un reclamo amministrativo avanzato dal cittadino, titolare di pensione per inabilità assoluta permanente al lavoro e padre di due figlie, avverso il provvedimento liquidativo disposto dall'Inss nei suoi confronti proprio perché privo dell'integrazione disciplinata dalla predetta norma. Con la propria decisione del 9 giugno 2017, l'ente previdenziale spagnolo ha rigettato il reclamo proposto e sostenuto che, in base alla *ratio* della norma invocata, l'integrazione reclamata spetterebbe esclusivamente alle donne, in ragione del loro apporto demografico alla previdenza sociale.

Avverso tale provvedimento, il pensionato ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale del lavoro n. 3 di Girona (*Juzgado de lo Social n. 3 de Gerona*), chiedendo che gli fosse riconosciuto il versamento dell'integrazione della pensione previsto per le pensionate madri di almeno due figli, in quanto la situazione soggettiva in cui versava sarebbe stata la medesima prevista dalla norma.

Il giudice investito della decisione del giudizio, rilevando che l'articolo in parola riconosceva effettivamente il diritto all'integrazione della pensione di cui trattasi alle sole donne ma non anche agli uomini che si trovano nella situazione identica, esprimeva dubbi circa la conformità di siffatta disposizione al diritto dell'Ue.

In particolare, muovendo dalla nozione di «apporto demografico della previdenza sociale» di cui all'art. 60, par. 1, della Lgss, il Tribunale spagnolo osserva che esso potrebbe essere riferito tanto alle donne quanto agli uomini, poiché la procreazione e la responsabilità per le cure, oltre che per l'alimentazione e l'educazione dei figli, valgono sia per chi ha la qualità di madre che per chi ricopre quella di padre. Infatti, considera il giudice nazionale, l'interruzione del lavoro motivata dalla nascita, dall'adozione o dalle cure apportate ai figli pregiudicherebbe allo stesso modo le donne e gli uomini, indipendentemente dal loro apporto demografico alla previdenza sociale.

In altre parole, secondo il Tribunale iberico, la norma in oggetto introdurrebbe una disparità di trattamento a favore delle donne e ingiustificatamente a scapito degli uomini che si trovano in una situazione identica.

Sulla base di tali argomentazioni, il *Juzgado de lo Social n. 3 de Gerona* ha sospeso il procedimento in corso e sottoposto alla Corte di Giustizia questione pregiudiziale del seguente tenore: «Se una norma nazionale (in concreto, l'art. 60, par. 1, della Lgss) che riconosca il diritto a un'integrazione di pensione, per il loro apporto demografico alla previdenza sociale, alle donne che abbiano avuto figli biologici o adottivi e siano titolari, nell'ambito di uno dei regimi del sistema di previdenza sociale, di pensioni contributive di vecchiaia, per vedove o di invalidità permanente, ma non riconosca tale diritto agli uomini che si trovino in una situazione identica, lederebbe il principio della parità di trattamento che vieta qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, sancito dall'articolo 157 del Trattato sul funzionamento dell'Ue, dalla Direttiva n. 76/207 del 9.2.1976, quale modificata dalla Direttiva n. 2002/73, rifiuta dalla Direttiva n. 2006/54 del 5.7.2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego».

Alla questione pregiudiziale così sollevata, la Corte di Giustizia ha dato soluzione affermativa, dichiarando che la Direttiva n. 79/7 sulla parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale (e non già la Direttiva n. 2006/54 o l'art. 157 del TfUe, richiamati dal Tribunale iberico) ostava alla legge spagnola che nega, agli uomini che si trovano in una situazione identica a quella delle donne titolari del diritto all'integrazione della pensione di cui trattasi, il godimento del medesimo diritto all'integrazione pensionistica e pertanto essa è idonea a integrare una cd. discriminazione diretta fondata sul sesso che, per costante giurisprudenza della stessa e ai sensi dell'art. 4 della predetta direttiva, si concretizza quando si applicano norme diverse a situazione comparabili oppure quando si applica la stessa norma a situazione diverse (Ad esempio: C. Giust. 13.2.1996, C-342/93, *Gillespie et al.*; C. Giust. 8.5.2019, C-486/18, *Praxair MRC*).

Oltre a quanto espresso a fondamento della soluzione adottata nel merito della questione, di rilevante interesse appaiono le osservazioni che la Corte ha spiegato, preliminarmente e strumentalmente ai fini della decisione, in ordine alla propria funzione e al proprio ambito di competenza, secondo quanto previsto dall'art. 267 TfUe.

Proprio muovendo dalla disposizione appena citata, la Corte ricorda che, nell'ambito dell'attività di cooperazione che la stessa svolge con i giudici nazionali, le spetterebbe il compito di fornire al giudice nazionale una risposta utile che consenta a quest'ultimo di dirimere la controversia di cui è investito, anche riformulando – se necessario – le questioni che le sono sottoposte.

Sostiene la Corte di Giustizia, infatti, che è a lei riservato il compito di interpretare tutte le norme del diritto dell'Unione che possano essere utili ai giudici nazionali al fine di dirimere le controversie di cui sono investiti, anche qualora tali norme non siano esplicitamente indicate nelle questioni a essa sottoposte da detti giudici (Punto 25 della sentenza annotata, conforme a C. Giust. 26.6.2009, C-329/06 e C-343/06, *Wiedeman e Funk*, punto 45, e C. Giust. 8.5.2019, C-230/18, *PI*, punto 42).

In questo senso, sembrerebbe aderendo a un'interpretazione estensiva della funzione interpretativa del diritto dell'Unione riservato dal TfUe alla Corte di Giustizia, quest'ultima – in conformità a quanto già precedentemente espresso (Sent. 12.1.2010, C-229/08, *Wolf*, punto 32; sent. 8.5.2019, C-230/18, *PI*, punto 43) – ha evidenziato che, «benché formalmente il giudice del rinvio abbia limitato la sua questione all'interpretazione delle sole disposizioni dell'art. 157 TfUe e della Direttiva n. 2006/54» (ritenuta dalla Corte inconferente al caso di specie), nulla impedisce «alla Corte di fornirgli tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano essere utili per definire la controversia di cui è investito, a prescindere dal fatto che detto giudice vi abbia fatto riferimento o meno nel formulare la propria questione».

Ciò perché la Corte sarebbe tenuta a trarre dall'insieme degli elementi forniti dal giudice nazionale, e in particolare dalla motivazione della decisione di rinvio, i termini del diritto che, tenuto conto della controversia, richiedono un'interpretazione.

Sembrerebbe così riecheggiare, nella sentenza che si annota, quanto già sottolineato dalla Corte in altre occasioni (Sent. 17.7.1997, C-130/95, *Bernd Giloy c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, punto 28): cioè che la funzione interpretatrice del diritto dell'Ue a lei riservata deve essere orientata verso il perseguitamento dell'interesse per cui, quando una normativa nazionale deve conformarsi alle soluzioni adottate nel diritto dell'Ue, le disposizioni discendenti dal diritto comunitario devono ricevere un'interpretazione uniforme, anche al fine di evitare che vi siano discriminazioni nei confronti dei cittadini nazionali.

Sarebbe il perseguitamento di tale interesse che consente e giustifica, dal punto di vista sistematico, la «ricostruzione» fatta dalla Corte del quesito postole dal Tribunale del lavoro spagnolo nonché il discostamento dai termini in cui questo è stato sollevato.

In altri termini, secondo l'interpretazione adottata dalla Corte, sarebbe proprio in ragione del complessivo interesse perseguito – cioè quello di assolvere alla funzione di fornire un'interpretazione valida a risolvere la questione pendente avanti il giudice nazionale fornendo, al tempo stesso, una lettura uniforme del diritto dell'Unione – che si dovrebbe ritenere legittima, nella formulazione del quesito pregiudiziale, la sostituzione delle normative che il Tribunale istante considerava potenzialmente violate dalla norma nazionale (Direttiva n. 2006/54 e art. 157 TfUe) con le disposizioni (Direttiva n. 79/7)

che, invece, la Corte considera maggiormente afferenti alla questione sollevata e che consentono di fornire una decisione al riguardo anche nel merito.

Va osservato, d'altra parte, passando così al merito della questione, che unicamente alla luce della ricostruzione della questione fatta dalla Corte in via preliminare possono trovare evidenza i contrasti tra la normativa comunitaria e la disposizione di cui all'art. 60, par. 1, della Lgss.

In particolare, sulla scorta delle osservazioni preliminari formulate dalla Corte, si evidenzia immediatamente come l'integrazione di cui trattasi non rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 157, par. 4, TfUe (come esposto, invece, dal Tribunale nazionale spagnolo) che, allo scopo di assicurare la completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, consente agli Stati membri di mantenere o adottare misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato oppure a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali.

Invero, l'integrazione di cui trattasi si limita ad attribuire alle donne un *surplus* al momento della concessione di una pensione, senza porre rimedio ai problemi che esse possono incontrare nel corso della loro carriera lavorativa e senza compensare gli svantaggi ai quali sarebbero esposte.

Ugualmente, dalla medesima ricostruzione preliminare fatta dalla Corte e alla luce delle disposizioni di cui alla Direttiva n. 79/7 sulla parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, risulta agevole notare come l'elemento dell'apporto alla demografia è declinabile negli stessi termini tanto per gli uomini quanto per le donne e pertanto il solo motivo dell'apporto demografico alla previdenza sociale non può giustificare, come invece la norma nazionale vorrebbe, che gli uomini e le donne non beneficino delle medesime misure, sebbene si trovino in una situazione comparabile per quanto riguarda i requisiti necessari alla concessione dell'integrazione di cui trattasi.

Inoltre, sempre in virtù della ricostruzione sistematica operata dalla Corte, è stato possibile per i giudici sottolineare come la differenziazione di trattamento tra uomini pensionati padri di due figli e donne pensionate madri di due figli non troverebbe giustificazione neppure alla luce delle deroghe ammesse ai sensi dell'art. 4, c. 2, della Direttiva n. 79/7, per cui «il principio di parità di trattamento non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna a motivo della maternità», ovvero ai sensi dell'art. 7, c. 1, lett. b, della Direttiva n. 79/7, per cui «la direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di escludere dal suo campo di applicazione [...] i vantaggi accordati in materia di assicurazione di vecchiaia alle persone che hanno provveduto all'educazione dei figli e l'acquisto di diritti alle prestazioni a seguito di periodi di interruzione del lavoro dovuti all'educazione dei figli».

Infatti, in ordine alla prima deroga al principio di parità di trattamento tra uomo e donna, la norma oggetto di contestazione né contiene alcun elemento che stabilisca un nesso tra la concessione di tale integrazione e l'aver beneficiato di un congedo di maternità e né esplicita alcun nesso tra gli svantaggi che si ripercuoterebbero sul futuro trattamento pensionistico della donna e il suo allontanamento dal servizio nel periodo successivo al parto.

Del pari, anche con riferimento alla deroga che consente agli Stati membri di escludere dal campo di applicazione della direttiva i vantaggi accordati in materia di assicu-

razione vecchiaia alle persone che hanno provveduto all'educazione dei figli e l'acquisto di diritti alle prestazioni a seguito di periodi di interruzione del lavoro dovuti all'educazione dei figli, la Corte ha osservato che la legge spagnola subordina la concessione dell'integrazione di cui trattasi non già all'effettivo ruolo di educatrice dei figli o all'esistenza di periodi di interruzione del lavoro dovuti all'educazione dei figli, ma unicamente al fatto di aver avuto almeno due figli biologici o adottati e di essere titolari di una pensione contributiva. Elementi, cioè, difformi da quelli che la direttiva in parola ammette quali deroghe al principio di parità di trattamento tra uomo e donna.

Tali difformità hanno obbligato i giudici europei a sentenziare che l'art. 60, par. 1, della Lgss contrasta con la Direttiva n. 79/70, più precisamente, che esso non rispetti i limiti derogatori previsti dalla stessa.

Al riguardo, tuttavia, va osservato, tanto dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Mobek (punto 66) quanto dalle argomentazioni esposte dalla Corte, che sebbene sia stato compreso come con la norma in esame il legislatore spagnolo mirava – almeno in parte e in senso positivo – alla tutela delle donne nella loro qualità di genitore, al fine di compensare gli svantaggi che tale condizione può arrecare in capo alla donna rispetto all'uomo, al tempo stesso non è stato possibile «soprassedere» all'incompatibilità con le disposizioni comunitarie della formulazione giuridica della norma nazionale.

Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (a cura di) (2008), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano.
- Cosio R. (2012), *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, n. 2, II, 311 ss.
- Gambino S. (2010), *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra trattati (di Lisbona) e Costituzione*, in www.federalismi.it, n. 1, 22 ss.
- Tesauro G. (2009a), *La Corte di Giustizia e i diritti fondamentali*, in G. Bronzini et al. (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritto. Istituzioni. Politiche*, Roma, 63 ss.
- Tesauro G. (2009b), *Prefazione*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato Costituzione al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Roma.

Giovanni Guglielmo Crudeli
Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «Gabriele D'Annunzio»

CASSAZIONE, 10.9.2019, n. 22530, ord. – Pres. Travaglino, Est. Dell’Utri – XX (avv. YY) c. XY Spa (avv. ZY).
Diff. Corte d’Appello di Roma, 25.2.2014.

Pensione – Pensione di reversibilità – Risarcimento per morte del congiunto – Cumulo.

Dal risarcimento del danno patrimoniale riconosciuto ai familiari di una persona deceduta per colpa altrui non è possibile detrarre il valore capitale della pensione di reversibilità: non opera la compensatio lucri cum damno in quanto la reversibilità accordata dall’Ente previdenziale è una forma di tutela previdenziale con peculiare fondamento solidaristico che trova origine nel «sacrificio» compiuto dal de cuius quando era in vita. (1)

(1) LA REGOLA «*COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO*»
NEL SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE

1. — L’ordinanza 10.9.2019, n. 22530, della III Sezione civile della Cassazione affronta il dibattuto tema della *compensatio lucri cum danno* con specifico riferimento alla pensione di reversibilità e assume particolare rilevanza in quanto riprende l’orientamento interpretativo reso dalle S.U. con le quattro sentenze n. 12564, n. 12565, n. 12566 e n. 12567 del 22.5.2018 (Per alcuni commenti alle decisioni delle S.U.: Bellisario 2018; Pardolesi 2018; Scognamiglio 2018).

Il commento a tale decisione offre anche la possibilità di un confronto con le coeve ordinanze della Cassazione che hanno interessato nello specifico la rendita vitalizia ai superstiti (Sent. n. 26647/2019, in *DeJure*) e la pensione di invalidità (Cass. n. 18050/2019, in www.cortedicassazione.it), permettendo così di avere un quadro più preciso del diverso atteggiarsi dell’istituto in relazione alle diverse prestazioni del nostro sistema di sicurezza sociale.

L’espressione *compensatio lucri cum danno* si riferisce ai casi in cui dal compimento di un fatto illecito, contrattuale o derivante da responsabilità aquiliana, si producono anche conseguenze vantaggiose per il danneggiato; in tali ipotesi la determinazione del risarcimento va fatta considerando anche gli eventuali vantaggi che trovino origine nello stesso atto che ha prodotto il danno, detraendoli dall’ammontare del risarcimento. Il danno, infatti, afferisce alle conseguenze negative subite e il relativo risarcimento non può rappresentare un’occasione di arricchimento ingiustificato per lo stesso danneggiato. Benché si tratti di un tema tipico della dottrina civilistica, investe spesso questioni che attengono alla sfera della sicurezza sociale, come nel caso di specie in cui si tratta di verificare se, nell’ambito del danno patrimoniale patito dai familiari di persona deceduta per colpa altrui, dall’ammontare del risarcimento debba detrarsi o meno il valore capitale della pensione di reversibilità; lo stesso è accaduto per il caso della rendita ai superstiti o per il caso della perdita parziale o totale della capacità di lavoro.

Nella fattispecie in commento, le parti in causa sono, da una parte, gli eredi di un uomo deceduto a seguito di un infarto mentre era al lavoro, che avevano ottenuto

dall'Inps il riconoscimento della pensione di reversibilità (*rectius*: indiretta), e, dall'altra, l'azienda di cui il lavoratore defunto era dipendente, oltre alla società che gestiva l'ambulatorio medico in azienda. I danneggiati in seguito all'evento morte vantano, quindi, due diritti da parte di due soggetti diversi, tenuti all'adempimento in forza di titoli differenti: l'Inps, per la pensione di reversibilità, e l'azienda datrice di lavoro, per il risarcimento del danno, patrimoniale e non.

Il Tribunale, sul presupposto che vi sarebbe stato un ritardo nell'eseguire alcune manovre salvavita – il cui esatto compimento, verosimilmente, avrebbe conservato le *chances* di sopravvivenza del lavoratore –, accoglieva *in toto* la domanda di risarcimento degli eredi. La Corte d'Appello di Roma invece rideterminava gli importi del risarcimento, limitandolo ai soli danni non patrimoniali, ritenendo che i pregiudizi di natura patrimoniale fossero integralmente assorbiti dall'avvenuta liquidazione in favore degli eredi della pensione di reversibilità connessa al decesso del coniunto. La Cassazione – riprendendo i principi espressi dalle S.U. nelle sentenze del 22.5.2018 – accoglie il ricorso degli eredi, riconoscendo sia i danni non patrimoniali che quelli patrimoniali sul presupposto che la pensione indiretta non assorbe quest'ultima tipologia di danni, trattandosi di una forma di tutela previdenziale che trova origine nel «sacrificio» compiuto dal *de cuius* quando era in vita.

2. — Per poter inquadrare le problematiche sottese al tema della *compensatio lucrum danno* in relazione alle prestazioni di sicurezza sociale non si può prescindere dall'individuazione della corretta funzione della erogazione economica alla base della tutela assicurativa da parte degli Enti previdenziali. L'idea che le indennità previdenziali in ogni caso si sostituiscano al risarcimento per evitare che il lavoratore possa conseguire un ingiusto profitto dall'evento lesivo è stata nel tempo rivisitata. Si è, infatti, posto l'accento sul carattere solidaristico delle prestazioni economiche di tipo assicurativo, che, sin dalle origini, hanno assolto a una funzione tipicamente previdenziale affiancandosi, e non sostituendosi, alla responsabilità civile, coerentemente con i più generali principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, c. 2, Cost. e di liberazione dal bisogno ai sensi dell'art. 38, c. 2, Cost. (Persiani 2005; Ludovico 2014). In ciò sta il grande discriminio rispetto alle logiche cui risponde la responsabilità civile, volta invece a commisurare il *quantum* del risarcimento all'esatta entità del danno provocato dall'illecito.

Soltanto partendo da questa premessa è possibile provare a offrire una corretta risposta alle questioni legate al problema se, nella liquidazione del danno da illecito, debba tenersi conto, in detrazione, del vantaggio che il danneggiato abbia comunque ottenuto in conseguenza di quel fatto. In particolare, ognqualvolta si affronta il tema della morte di un coniunto per il fatto addebitabile a un terzo emerge il tema del risarcimento del danno patrimoniale nella sua duplice declinazione: del danno emergente, per le spese affrontate dai superstiti sia *pre mortem* che *post mortem*, e del lucro cessante, per il mancato guadagno causato dalla perdita del familiare. A tal proposito, va osservato che nonostante l'art. 38, c. 2, Cost. non contempli la morte del «coniunto» tra gli eventi generatori di uno stato di bisogno, secondo una presunzione di legge, proprio il decesso del lavoratore costituisce un gravissimo evento lesivo per i suoi superstiti, in quanto con la perdita dello stesso viene a mancare in via definitiva una fonte di reddito, che attraverso l'erogazione della pensione di reversibilità ha una garanzia

di continuità nella soddisfazione dei propri bisogni primari (Persiani, D'Onghia 2019; Sgroi 2006). I superstiti del lavoratore che aveva in atto rapporti economici attivi, infatti, subiscono inevitabilmente un danno economico dalla sua morte e, pertanto, il responsabile potrà essere chiamato a risarcire tale danno.

Correlato a questo tema vi è quello dell'arricchimento senza causa, in quanto il risarcimento deve coprire l'effettivo danno cagionato e non superarlo, essendo il suo fine quello di ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato al momento precedente l'evento e non creare un arricchimento, con la conseguenza che «l'arricchito» può essere chiamato a ripetere quanto percepito in assenza di una giusta causa. D'altro canto, in presenza di una ragione giustificatrice riconosciuta dall'ordinamento, il danneggiato ben potrà ottenere un incremento del proprio patrimonio, senza che ciò integri un ingiustificato arricchimento. È in tale contesto che occorre definire quale sia l'effettivo spazio operativo da riconoscersi al principio della *compensatio lucri cum danno*; i suoi confini, infatti, si presentano controversi nei casi in cui il vantaggio patrimoniale del danneggiato riconducibile a un fatto illecito derivi da due titoli differenti e da due diversi soggetti obbligati: da un lato, l'azienda e, dall'altro, l'Ente previdenziale.

3. — Il raffronto tra risarcimento legato al tema del danno alla persona sotto il profilo del ristoro dei danni patrimoniali e non patrimoniali e la *compensatio* è motivo di costante attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza. Esso coinvolge, oltre a quella dell'esonero (parziale) del datore di lavoro «assicurante» dalla responsabilità civile di cui all'art. 10, c. 1, del d.P.R. 30.6.1965, n. 1124, anche quella dei criteri di determinazione del «danno differenziale». Con riferimento a tale ultimo aspetto, la giurisprudenza che attualmente sembra essersi consolidata con le decisioni delle S.U. opta per il metodo fondato sullo «scomputo per voci omogenee», in cui la sottrazione avviene analiticamente attraverso un calcolo per singole voci, o poste, di natura omogenea e abbandonando quindi il sistema «per sommatoria». Tale scelta, tuttavia, se pur nella maggior parte dei casi sia più favorevole al danneggiato, mostra talvolta elementi di criticità, come nel caso della rendita ai superstiti (Vd. *infra*).

Le tappe che hanno condotto a tale orientamento sono molteplici e complesse (Per una compiuta analisi, vd. Giubboni, Ciriello 2019 e altri riferimenti ivi richiamati) e va ricordato che anche il legislatore, con le modifiche inserite nella legge di bilancio per il 2019 (inverno, poi abrogate), novellando gli artt. 10 e 11 del T.U. n. 1124/65, è intervenuto affermando un criterio di determinazione del danno differenziale più favorevole all'Ente assicuratore. L'Inail, infatti, può aggredire non solo le somme dovute al danneggiato a titolo di ristoro dei danni oggetto di copertura assicurativa, ma anche qualsiasi ulteriore credito vantato dal danneggiato nei confronti del terzo responsabile, attraverso uno «scomputo complessivo o integrale» dal danno differenziale, accendendo un dibattito non ancora sopito con riguardo alla retroattività o meno dell'abrogazione della norma.

La diatriba interpretativa circa la detrazione dal risarcimento delle molteplici prestazioni previste dal nostro sistema di sicurezza sociale ha trovato quella che potremmo definire «un'articolata soluzione» con l'intervento delle S.U. della Cassazione; con le quattro citate pronunce del 22.5.2018, nel dirimere i diversi casi proposti, si sono avvalse di due criteri: quello della non omogeneità delle funzioni delle poste attive riscosse dal danneggiante e quello della surroga.

In particolare, le S.U., avallando – come visto – il criterio dello scomputo per poste di natura omogenea, hanno affermato una separazione netta tra danno non patrimoniale e danno patrimoniale (Vd., sul punto, Bellisario 2019). Esse evidenziano, tuttavia, come non sia possibile procedere al mero raffronto tra danno e beneficio ricevuto, riducendo il tutto a una «mera operazione algebrica», in quanto sarebbe necessario effettuare una specifica indagine «sulla ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato». Nelle ipotesi in cui detta ragione non coincida con lo scopo tipicamente risarcitorio della responsabilità extracontrattuale la compensazione non opera, come nel caso in cui la prestazione sociale abbia un fondamento solidaristico-previdenziale proprio della pensione di reversibilità riconosciuta dall'Inps (Cass. n. 12564/2018, S.U., cit. Il peculiare fondamento solidaristico è riaffermato più di recente anche da C. cost. n. 174/2016: Taschini 2017).

In tal caso, non si dà corso ad alcuna forma di compensazione poiché l'assenza di convergenza finalistica escluderebbe che il danneggiato si trovi a beneficiare di una duplicazione indennitaria, sia sotto il profilo patrimoniale sia sotto il profilo non patrimoniale. In particolare, la pensione di reversibilità «non è geneticamente connotata dalla finalità di rimuovere le conseguenze prodotti nel patrimonio del danneggiato per effetto dell'illecito del terzo»; del resto, si osserva che la pensione di reversibilità discende dal «fatto-decesso», non rilevando la causa che lo abbia provocato, sia esso evento naturale o illecito derivante da un'azione o un'omissione umana.

La finalità della prestazione, quindi, è quella di rimuovere le conseguenze prodotti nel patrimonio del danneggiato per effetto dell'illecito del terzo, atteso che la stessa non soggiace a una logica di tipo indennitario, ma costituisce «l'adempimento di una promessa rivolta dall'ordinamento al lavoratore-assicurato che, attraverso il sacrificio di una parte del proprio reddito lavorativo, ha contribuito ad alimentare la propria posizione previdenziale».

Correttamente si ritiene, quindi, che non sia possibile computare la pensione di reversibilità in differenza alle conseguenze negative che derivano dall'illecito. Quel trattamento previdenziale, infatti, non è erogato in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dal danneggiato, ma risponde a tutt'altra funzione che va individuata nel rapporto di lavoro pregresso, nei contributi versati e nella previsione di legge. Sono questi tutti elementi che si configurano come serie causale indipendente e assorbente rispetto alla circostanza, occasionale e giuridicamente irrilevante, che determina la morte.

Un analogo discorso può farsi sotto il profilo del fondamento solidaristico per la rendita costituita dall'Inail in favore dei coniugi *iure proprio*, ex art. 85 del d.P.R. n. 1124/1965. Infatti, la Cassazione, con la decisione n. 26647/2019, cit., ha messo bene in luce che la funzione sia quella di sollevare i coniugi dallo stato di bisogno in cui la legge presume *iuris et de iure* che essi vengano a trovarsi a seguito della perdita del contributo economico che l'assicurato deceduto apportava alla propria famiglia.

In tal caso, tuttavia, come anticipato, più problematici si presentano, con riferimento alla *compensatio*, l'individuazione delle singole poste di danno da scomputare e il criterio da adottare per la sottrazione dal risarcimento delle indennità liquidate.

La Corte, nella citata decisione, optando per la natura di danno patrimoniale di tale erogazione, ed escludendone totalmente quella non patrimoniale, ha enunciato il principio di diritto per cui «il valore capitale della rendita in favore dei coniugi, ai

sensi dell'art. 85 del d.P.R. n. 1124/65, non può essere defalcat[o] dal risarcimento del danno non patrimoniale spettante ai medesimi soggetti», con la conseguenza che le somme erogate dall'Inail per il suddetto titolo non possono essere sottratte dal credito risarcitorio spettante ai congiunti.

Nel caso specifico, la soluzione trovata dalla Corte è consona al caso concreto, in quanto la lavoratrice deceduta nell'infortunio svolgeva un'attività lavorativa redditizia e, quindi, è evidente la perdita del danno patrimoniale (lucro cessante) subito dai suoi congiunti. Tuttavia va considerato che vi possono essere ipotesi in cui il decesso avviene quando la persona non abbia più in corso il rapporto di lavoro; pertanto, il danno da risarcire ai superstiti dal datore di lavoro ben potrebbe consistere soltanto, o prevalentemente, nel danno non patrimoniale, con conseguente limitazione alla operatività della compensazione, come emerge in tema di surroga (Vd. *infra*). Per quanto concerne, invece, le indennità di malattia e le prestazioni di invalidità, si tratta di prestazioni in cui si riscontra coincidenza tra la ragione giustificatrice della erogazione e lo scopo tipicamente risarcitorio della responsabilità extracontrattuale nei quali, pertanto, la compensazione opererebbe.

La stessa sentenza delle S.U. n. 12564/2018, cit., evidenzia che nel caso di risarcimento del danno da incapacità lavorativa temporanea, «ove lo stipendio continui a essere percepito dall'infortunato nella sua interezza», «il danno, sotto questo profilo, non si è neppure prodotto». Così, analogamente, la decisione n. 12566/2018 con riferimento alla rendita per inabilità permanente Inail per infortunio *in itinere* di un lavoratore in attualità di lavoro, in quanto l'erogazione corrisposta dall'Ente previdenziale concorrerebbe alla rimozione del pregiudizio patrimoniale subito.

Su tali presupposti, con la sentenza n. 18050/2019, cit., la Cassazione ha, quindi, stabilito che in ipotesi di un sinistro provocato da un terzo che conduca alla perdita totale o parziale, temporanea o definitiva, della capacità lavorativa, la liquidazione integrale del danno patrimoniale deve essere decurtata in ragione di quanto eventualmente corrisposto dall'Ente previdenziale. In questo caso, le due prestazioni, infatti, sono dirette a compensare la lesione dello stesso bene della vita, ossia la capacità lavorativa, assolvendo questa volta a una funzione omogenea, con la conseguenza che il lavoratore non può cumulare la prestazione previdenziale con l'integrale risarcimento del danno patrimoniale. Pertanto, nel caso in cui l'ente previdenziale abbia corrisposto a tale titolo un'indennità al danneggiato, se ne dovrà tenere conto nella liquidazione del danno il cui risarcimento è posto a carico del danneggiante, fermo restando che quest'ultimo resta esposto alle azioni di recupero che potranno essere intentate contro di lui dall'Ente previdenziale (Vd. *infra*).

4. — Il criterio della finalità della prestazione previdenziale destinata ai superstiti o al lavoratore sicuramente orienta l'interprete per valutare l'operatività o meno della compensazione rispetto al risarcimento civile che i danneggiati ottengono dall'autore dell'illecito. Le S.U., tuttavia, per *delimitare l'ambito di applicazione della compensatio lucri cum damno*, fanno riferimento anche al criterio dell'esistenza di un regime legale di surroga o rivalsa: nei casi in cui è previsto il diritto di surroga, il legislatore ha scelto di unire i due rapporti, quello tra danneggiato e danneggiante e quello tra danneggiato e terzo, in un unico rapporto tra danneggiato, danneggiante e terzo, i cui i vantaggi percepiti compensano gli svantaggi subiti.

È sufficiente che tale meccanismo di surroga sia previsto in linea generale dalla legge, non richiedendosi che l'ente erogatore dell'indennizzo lo eserciti nel caso concreto, perché la possibilità di cumulo venga esclusa (La Battaglia 2020). Attraverso il suddetto meccanismo, al contempo, da un lato si impedisce di «duplicare o cumulare il ristoro per lo stesso danno, provocando un ingiusto vantaggio al danneggiato», e dall'altro viene fatto salvo il principio di responsabilità del danneggiante *ex artt. 2043 e 1218 c.c.*, evitando che quest'ultimo abdichi alla propria obbligazione risarcitoria (Tullini 2019).

Nel caso della pensione di reversibilità erogata dall'Inps non è consentito all'Ente previdenziale di recuperare l'indennizzo dal responsabile civile non attagliandosi alla fattispecie né l'art. 1916, c. 4, c.c., che si applica alle assicurazioni sociali contro gli infortuni sul lavoro, né l'art. 14, l. n. 222/1984, per cui l'Istituto, ricorrendone i presupposti di fatto, ha la possibilità di ottenere, da coloro civilmente responsabili, il rimborso dei ratei corrisposti a titolo di pensione di inabilità o assegno ordinario di invalidità, tra la data di presentazione della domanda e quella del decesso dell'assicurato, né l'art. 41 della l. n. 183/2010, che invece prevede il recupero delle prestazioni assistenziali spettanti agli invalidi civili, corrisposte in conseguenza di fatto illecito di terzi. Si è di fronte a un caso di cumulo integrale, la cui *ratio* può essere spiegata con quanto le S.U. hanno chiarito nella decisione n. 12564/2018, cit., nel caso di assicurazione sulla vita; qui la prestazione erogata si cumula con il risarcimento in quanto «si è di fronte a una forma di risparmio posta in essere dall'assicurato sopportando l'onere dei premi, e l'indennità – vera e propria contropartita di quei premi – svolge una funzione diversa da quella risarcitoria ed è corrisposta per un interesse che non è quello di beneficiare il danneggiante».

Una tale *ratio* la possiamo traslare nell'ipotesi della pensione di reversibilità, in cui ciò che viene valorizzato è l'incremento patrimoniale che si ricollega al «sacrificio economico del lavoratore tanto da non potersi considerare un vero e proprio lucro». Come anticipato, per la rendita ai superstiti erogata dall'Inail, i giudici di legittimità – nella decisione n. 26647/2019, cit. – hanno optato per ritenere l'esclusiva natura di danno patrimoniale, che non può essere detratto dal risarcimento del danno non patrimoniale spettante ai medesimi soggetti. Partendo da tale assunto, il meccanismo della surroga mette in luce una distinzione per quanto attiene la detrazione da effettuare. Nell'ipotesi in cui il lavoratore vانتasse al momento della morte un reddito da lavoro sussiste il diritto di surroga dell'Ente previdenziale nei confronti del danneggiato e di azione nei confronti del danneggiante, con operatività della *compensatio* seppur solo limitatamente all'importo del danno patrimoniale effettivo; ne consegue che l'Inail può rivalersi sul responsabile dell'evento morte entro tali limiti senza intaccare il danno non patrimoniale. Nel caso in cui, invece, precisa la Cassazione, «il terzo alcun danno ha causato al surrogato, ovvero gliene ha causato uno di entità inferiore all'importo versato dall'assicuratore sociale, per questa parte il credito risarcitorio non esiste e, non essendoci, non può nemmeno essere acquisito dall'assicuratore sociale a titolo di surrogazione».

Quindi, qualora il danneggiante indennizzi i superstiti non per il danno patrimoniale da perdita della retribuzione (magari per decesso dell'assicurato causato da una malattia professionale insorta dopo molti anni), ma solo per i danni non patrimoniali da perdita parentale, ciò escluderebbe un'azione di rivalsa dell'Inail, che comunque eroga la

prestazione, con la conseguenza che i superstiti otterrebbero un risarcimento pieno senza alcuna detrazione, come accade nell'ipotesi della reversibilità erogata dall'Inps. In altri termini, la stessa prestazione di sicurezza sociale, che mantiene in entrambe le ipotesi la medesima funzione giustificatrice, troverebbe una diversa regolazione con riferimento alle vicende della *compensatio* in virtù dei limiti alla pretesa surrogatoria.

Ciò riapre l'interrogativo sulla correttezza di attribuire natura esclusivamente patrimoniale alla rendita ai superstiti di cui all'art. 85 del T.U. n. 1124/1965.

Con riferimento, invece, al caso di sinistro che comporti la perdita totale o parziale, temporanea o definitiva, della capacità lavorativa, il danneggiato non può in alcun caso cumulare la prestazione previdenziale che abbia eventualmente percepito con l'integrale risarcimento del danno patrimoniale, essendo, come visto, entrambe le poste finalizzate al ristoro della lesione del medesimo bene della vita.

Qualora l'Ente previdenziale abbia corrisposto a tale titolo un'indennità al danneggiato, se ne dovrà tener conto nella liquidazione del danno il cui risarcimento è posto a carico del danneggiante, fermo restando che quest'ultimo resta esposto alle azioni di recupero che potranno essere intentate contro di lui dall'Ente previdenziale ai sensi dell'art. 148 del d.lgs. n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni) e dell'art. 14 della l. n. 222/1984.

Riferimenti bibliografici

- Bellisario E. (2018), *Compensatio lucri cum damno: il responso delle Sezioni Unite*, in *Danno e responsabilità*, 438 ss.
- Bellisario E. (2019), *Vittime del dovere e indennizzo ai superstiti: il quomodo della compensatio*, in *NGCC*, n. 2, 286 ss.
- Giubboni S., Ciriello A. (2019), *Il risarcimento del danno differenziale derivante da infortunio dopo la legge n. 145 del 2018*, in *giustiziacivile.com*, approfondimento del 16 maggio.
- La Battaglia L. (2020), *La compensatio lucri cum damno al vaglio delle Sezioni Unite*, in *GComm.*, n. 2, 327 ss.
- Ludovico G. (2014), *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova.
- Pardolesi R. (2018), «*Compensatio*», cumulo e «second best», in *FI*, I, 1955 ss.
- Persiani M. (2005), *Diritto della previdenza sociale*, Cedam Padova.
- Persiani M., D'Onghia M. (2019), *Fondamenti di diritto della Previdenza Sociale*, Giappichelli, Torino.
- Scognamiglio C. (2018), *Le Sezioni Unite e la compensatio lucri cum damno: un altro tassello nella costruzione del sistema della responsabilità civile e delle sue funzioni*, in *NGCC*, 1492 ss.
- Sgroi A. (2006), *Vivenza a carico e pensione ai superstiti*, in *q. Riv.*, n. 1, II, 151 ss.
- Taschini L. (2017), *Solidarietà ed equilibrio di bilancio al tempo della crisi economica. Riflessioni a margine delle sentenze 173 e 174 del 2016 della Corte costituzionale*, in *RIDL*, n. 1, II, 186 ss.
- Tullini P. (2019), *Il danno differenziale, il diritto vivente e il legislatore*, in *RIDL*, I, 335 ss.

Laura Torsello
Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università Politecnica delle Marche

I

CORTE D'APPELLO ANCONA, 8.4.2020 – Pres. ed Est. Cetra – Inps (avv.ti Salvati, Cimmino) c. S.E. (avv. Vitaletti Bianchini).

Assegno per il nucleo familiare – Assegni familiari – D.P.R. n. 797/1955 – L. n. 153/1988 – Natura giuridica – Retribuzione – Previdenza sociale – Art. 1188, c. 2, c.c. – Sicurezza sociale.

Debitore degli assegni per il nucleo familiare è sempre e soltanto l'Inps, essendo il datore di lavoro, ex art. 1188, c. 2, c.c., mero adiectus solutionis a eseguire anticipazioni di pagamento degli assegni. Pertanto, in caso di mancata anticipazione da parte del datore, l'Inps non può opporre al lavoratore la compensazione conclusa, mediante conguaglio, con il datore medesimo, avvenendo la liberazione del debitore Inps solo se il lavoratore-credитore abbia ratificato il pagamento o ne abbia profitato. (1)

II

TRIBUNALE MACERATA, 31.12.2018 – Est. Russo – S.E. (avv. Vitaletti Bianchini) c. Inps (avv. Salvati).

Assegno per il nucleo familiare – Assegni familiari – D.P.R. n. 797/1955 – L. n. 153/1988 – Natura giuridica – Retribuzione – Previdenza sociale – Assistenza sociale – Sicurezza sociale.

In caso di mancato versamento degli assegni per il nucleo familiare da parte del datore di lavoro, essi devono essere corrisposti direttamente dall'Inps, il quale è il debitore dei medesimi, effettuando l'Istituto previdenziale esclusivamente un conguaglio tra quanto dovuto dal datore di lavoro a titolo di contributi e quanto dal datore stesso anticipato in favore del lavoratore a titolo di Anf, cosicché,ладо dove la società datrice sia fallita, il lavoratore non deve insinuare al passivo tali somme. (2)

(1-2) SULLA NATURA GIURIDICA DEGLI ASSEGNI PER IL NUCLEO FAMILIARE

1. — Le pronunzie in epigrafe offrono l'occasione per riflettere sulla natura giuridica degli assegni per il nucleo familiare (di seguito, Anf).

Un lavoratore presentava all'Inps domanda di pagamento diretto degli Anf dovutigli dalla società ex datrice di lavoro, ormai fallita. Essendo l'Inps rimasto inerte, il lavoratore conveniva l'Istituto di fronte al Tribunale di Macerata, chiedendo l'accerta-

mento del proprio diritto agli Anf e la condanna dell'Inps al pagamento dei relativi ratei. Si costituiva l'Inps, il quale, deducendo come il credito costituito dagli Anf avrebbe dovuto essere insinuato al passivo del fallimento della società ex datrice – cosa che il lavoratore non aveva fatto, essendosi questi limitato a insinuare al passivo solamente le ultime retribuzioni del rapporto di lavoro conclusosi –, eccepiva il proprio difetto di legittimazione passiva. Il Tribunale di Macerata accoglieva il ricorso del lavoratore e rigettava le eccezioni Inps, essendo quest'ultimo il debitore degli Anf. L'Inps proponeva appello avverso la decisione, deducendo che, avendo il datore inserito gli importi degli Anf nei prospetti paga dei mesi per i quali il lavoratore aveva richiesto il pagamento degli Anf, già aveva effettuato il conguaglio con i contributi mensili a debito dell'impresa. Eccepiva, pertanto, che la condanna a corrispondere gli Anf si sarebbe risolta in una duplicazione di pagamento. La Corte d'Appello di Macerata, tuttavia, rigettava il ricorso, non avendo il lavoratore sottoscritto i prospetti paga e, perciò, ratificato il pagamento degli Anf.

2. — Intorno alla natura giuridica degli assegni familiari e degli Anf si è creato un ampio dibattito.

Secondo una prima tesi, gli assegni familiari avevano natura retributiva, essendo diretti a integrare il reddito del lavoratore con famiglia a carico (il cd. «capo famiglia») e in quanto erogati dal datore di lavoro. Tale concezione degli assegni si ricollegava alla nozione di retribuzione di cui all'art. 36, comma 1, Cost., atteso che quest'ultima, oltre ad avere natura sinallagmatica, doveva essere «proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato», deve anche essere «sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa», cosicché gli assegni costituirebbero uno degli strumenti per raggiungere tale «sufficienza» (Prosperetti 2019, 65; De Felice 2014, 106).

Una seconda tesi afferma la natura previdenziale degli assegni. Si sostiene, in primo luogo, che il diritto agli assegni prescinda dal sinallagma con la prestazione di lavoro (De Felice 2014, 106), essendo gli stessi dovuti ognqualvolta spetti la retribuzione anche laddove manchi la prestazione lavorativa, ossia, ad esempio, nei casi di integrazione salariale sostitutiva, indennità di mobilità, sussidio di disoccupazione, indennità per malattia, gravidanza e puerperio o, ancora, laddove la retribuzione non venga corrisposta in costanza di rapporto di lavoro, come nei periodi di carenza-malattia o di aspettativa di cui all'art. 31 St. lav. (Prosperetti 2019, 65; vd. artt. 14 ss., d.P.R. n. 797/1955). In secondo luogo, si è osservato come gli assegni vengano riconosciuti non solo ai lavoratori subordinati ma anche ad alcuni non subordinati (De Felice 2014, 106). In terzo luogo, gli assegni sono esclusi dalla base imponibile per il calcolo dell'Irpef, *ex art.* 3, comma 3, lett. *d*, d.P.R. n. 917/1986, e non devono essere considerati né ai fini del calcolo dei minimi della retribuzione né per il computo del Tfr (Cinelli 2015, 615; De Felice 2014, 106). Infine, sebbene a corrispondere la prestazione sia materialmente il datore, debitore verso il dipendente è l'Inps (Prosperetti 2019, 65). Il sistema di finanziamento ed erogazione degli assegni, infatti, non è diverso da quello delle altre forme previdenziali, dando attuazione a una solidarietà che va oltre la corrispettività retributiva (Persiani, D'Onghia 2018, 307 s.). Sin dall'origine degli assegni familiari, infatti, e poi con gli Anf, tale istituto è stato finanziato mediante contributi a carico esclusivamente dei datori di lavoro (art. 26, d.P.R. n.

797/1955), sebbene sia previsto anche il concorso finanziario dello Stato (Cinelli 2015, 616), raramente erogato per il costante attivo della gestione degli assegni (Pessi 2016, 325), il che avvalorerebbe la tesi di funzionalizzazione degli Anf all'interesse della collettività e alla liberazione dal bisogno conseguente all'esistenza di un carico di famiglia (Persiani, D'Onghia 2018, 312). Nello specifico, quindi, seppure gli assegni vengano erogati, e dunque pagati materialmente, dai datori, i quali li anticipano ai lavoratori, debitore di essi è l'Inps (Prosperetti 2019, 63), che li corrisponde mediante la Cassa unica per gli assegni familiari (art. 48, d.P.R. n. 797/1955) e poi effettua un conguaglio tra quanto dovuto dal datore a titolo di contributi e quanto da lui anticipato (Vd. T. Macerata 31.12.2018). In termini civilistici, il datore di lavoro è mero *adiectus solutionis causa*, essendo egli tenuto ad anticipare il pagamento degli assegni ai lavoratori nell'interesse dell'Inps. Tuttavia, essendo l'Istituto il vero debitore, nel caso in cui l'anticipazione del pagamento non sia avvenuta, non è opponibile al lavoratore l'eventuale compensazione intervenuta, mediante il sistema del conguaglio, con il datore, atteso che, ai sensi dell'art. 1188, comma 2, c.c., la liberazione del debitore avviene solo laddove il creditore abbia ratificato il pagamento o ne abbia profittato (Vd. C. App. Ancona 8.4.2020, in commento).

Sulla base di questo argomento, le sentenze in epigrafe rigettano la tesi dell'Inps, ritenendo corretta la mancata insinuazione al passivo da parte del lavoratore per le somme a titolo di Anf e la richiesta di pagamento diretto all'Istituto previdenziale, non avendo, peraltro, il dipendente ratificato, *ex art.* 1188, comma 2, c.c., mediante sottoscrizione, i prospetti paga dei mesi di riferimento, nei quali il datore aveva indicato gli importi degli Anf *de quibus* (Con riferimento al recupero di assegni indebitamente corrisposti al lavoratore da parte del datore, vd.: Cass. 4.5.2015, n. 8873, in *Defure*; Cass. 20.8.2013, n. 19261, *ivi*).

3. — Nell'evoluzione del dibattito relativo alla natura degli Anf va presa in considerazione una terza tesi, secondo la quale l'istituto avrebbe natura assistenziale (De Felice 2014, 106). Già nel 1988 la Corte costituzionale, nel giudicare circa la legittimità di disposizioni per le quali la corresponsione dei trattamenti di famiglia, compresi gli assegni familiari, era condizionata al reddito familiare e al numero delle persone a carico, statuì come gli assegni non costituissero «una parte dello stipendio o salario, quanto un'ulteriore erogazione a carattere assistenziale e sociale destinata alle necessità familiari» (C. cost. 21.7.1988, n. 851, in q. *Riv.*, 1989, III, 255 ss.). Questa tesi è poi approdata presso la giurisprudenza di legittimità. Secondo la Suprema Corte, la natura assistenziale degli Anf risiederebbe nel fatto che essi comportano una ridistribuzione del reddito a favore dei nuclei familiari bisognosi sul piano finanziario. Nello specifico, infatti, gli Anf, *ex art.* 2, comma 2, l. n. 153/1988, vengono corrisposti in misura differenziata a seconda del numero dei componenti e del reddito del nucleo familiare – che divengono elementi determinanti per la loro concessione, in luogo della vivenza a carico del «capo famiglia» degli assegni familiari –, con una ancor più intensa tutela, e un maggiore importo, per quei nuclei nei quali vi siano soggetti colpiti da infermità o difetti fisici o mentali, che si trovano impossibilitati a dedicarsi proficuamente al lavoro, oppure, se minorenni, con difficoltà a svolgere i compiti e le funzioni proprie della loro età. In base a ciò, negli Anf si realizzerebbe una «compenetrazione tra strumenti previdenziali e precisamente tra quelli posti a tutela per il carico di famiglia, con

quelli apprestati a tutela di malattie, essendosi rivolta particolare attenzione a quei nuclei familiari che presentano aree di accentuata sofferenza in ragione di infermità che hanno colpito qualcuno dei propri componenti» (Cass. 30.3.2015, n. 6351; Cass. 9.9.2003, n. 13200; Cass. 20.8.1996, n. 7668; C. App. Brescia 16.7.2018, n. 296, tutte in *DeJure*; nello stesso senso, Cass. 9.2.2018, n. 3214, *ivi*). Da qui, la «sensibile» differenza tra Anf e assegni familiari: i primi tendono a realizzare una integrazione del reddito del nucleo familiare corrisposta in favore di quest'ultimo da valutarsi complessivamente e in relazione a un accertamento in concreto del reale bisogno economico della famiglia, riferito al rapporto tra il numero dei suoi componenti e l'ammontare del reddito complessivo del nucleo stesso; i secondi, invece, realizzano una integrazione economica della retribuzione del lavoratore capofamiglia considerata inadeguata presuntivamente per la sola esistenza del carico familiare (Mesiti 2014, 266 s.; Cass. 7.4.2000, n. 4419, in *DeJure*).

In realtà, la Cassazione avrebbe utilizzato impropriamente l'aggettivo «assistenziale», palesando così un certo «disordine terminologico», atteso che gli Anf, nelle stesse sentenze della Suprema Corte, finiscono per configurarsi quali prestazioni previdenziali (De Martino 2020, 193). E infatti, la Cassazione, nel definire come «assistenziali» gli Anf, li considera espressione degli artt. 31 e 38 Cost., ma anche del principio di sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 Cost., enfatizzando la necessità, per il loro riconoscimento, della vigenza del rapporto di lavoro e del suo effettivo svolgimento. Sulla scorta di ciò, la Suprema Corte è arrivata a estendere gli Anf ai lavoratori somministrati, continuando il rapporto a perdurare, senza alcuna sospensione, anche nei periodi di disponibilità. Del resto, secondo la Corte, sotoporre l'indennità di disponibilità a obblighi contributivi, negando poi al lavoratore le prestazioni assistenziali alimentate da tale contribuzione, ossia anche gli Anf, costituirebbe una distorsione dei principi previdenziali (Cass. 8.3.2019, n. 6870, in q. *Riv.*, 2020, n. 1, II, 190 ss.), emergendo così come la Cassazione, pur parlando di «assistenza», fondi la propria argomentazione sul «classico meccanismo mutualistico-assicurativo» (De Martino 2020, 193). In effetti, la natura previdenziale degli Anf è rinvenibile in alcune pronunce della Suprema Corte, laddove i giudici hanno posto in evidenza il collegamento tra tale istituto e lo svolgimento dell'attività lavorativa, cosicché gli Anf non possono essere riconosciuti nel caso in cui la prestazione non venga effettivamente svolta, non bastando una «mera sussistenza» del rapporto di lavoro (Cass. 27.3.2004, n. 6155, in *DeJure*). Tale tesi, peraltro, sarebbe avvalorata da quelle previsioni normative che riconoscono gli Anf in alcune ipotesi di mancato svolgimento dell'attività lavorativa, le quali vengono equiparate all'espletamento effettivo della prestazione, atteso che tali disposizioni avrebbero il carattere dell'eccezionalità, dovendosi considerare altrimenti superflue se fosse sufficiente a far sorgere il diritto agli assegni la sola corresponsione di una retribuzione (tornandosi peraltro così alla tesi «retributiva» degli assegni, che invece oggi la giurisprudenza nega), senza la necessità dell'effettivo svolgimento della prestazione (Cass. 9.6.2015, n. 11968, S. VI, in *DeJure*; Cass. 17.4.2014, n. 8973, *ivi*).

4. — Oltre alle tesi «assistenziale» e «previdenziale», si è fatta strada in giurisprudenza l'opinione secondo cui gli Anf sarebbero strumenti di «sicurezza sociale». Nel giudicare intorno alla discriminatorietà della negazione degli Anf ai soggiornanti di lungo periodo con residenza in Italia privi di cittadinanza italiana o di altro Stato

membro Ue, la giurisprudenza ha disconosciuto la natura «assistenziale» degli Anf, facendoli rientrare nel settore eurounitario della «sicurezza sociale» (T. Pavia 6.6.2018, in *DeJure*; T. Alessandria 1.3.2018, *ivi*). Dunque, gli Anf avrebbero natura «mista», essendo sia la tesi «previdenziale» sia quella «assistenziale» «in qualche modo plausibili»: la prima, in quanto gli Anf vengono erogati dalla Cassa unica assegni familiari, secondo un meccanismo tipicamente previdenziale, essendo la prestazione sempre collegata a un rapporto di lavoro; la seconda, in ragione della loro funzione di assicurare tutela a famiglie in effettivo bisogno economico, in misura differenziata sulla base del numero dei componenti e del reddito del nucleo familiare, nonché della presenza nel nucleo di soggetti deboli impossibilitati all'attività lavorativa (T. Milano 28.4.2017, in *DeJure*). La tesi in oggetto ha trovato spazio anche presso la Cassazione, la quale all'inizio del XXI secolo affermava: «l'assegno per il nucleo familiare vuole realizzare la tutela dal bisogno secondo il moderno concetto della sicurezza sociale, tendente a garantire le esigenze minime nei confronti di collettività più o meno estese, a seconda delle scelte politiche, con ricorso più o meno rilevante alla solidarietà sociale, ad assicurare, inoltre, ai soggetti componenti il nucleo, una esistenza libera dal bisogno, e a tutelare, altresì, l'interesse superiore familiare all'allevamento della prole (art. 31 Cost.)» (Cass. n. 4419/2000, cit.). L'Anf appare, allora, uno strumento idoneo a dare attuazione alla sicurezza sociale quale «complesso sistema attraverso il quale la pubblica amministrazione, o altri enti pubblici, realizzano il fine pubblico della solidarietà con l'erogazione di beni, in danaro o in natura, e di servizi ai cittadini che si trovano in condizioni di bisogno», tale da comprendere tanto l'assistenza quanto la previdenza sociale, finendo la differenza tra di esse per sostanziarsi nel metodo di finanziamento: a carico dello Stato, l'assistenza; su base contributiva, la previdenza, da cui la natura previdenziale degli Anf (Persiani 2012, 28 ss.).

Riferimenti bibliografici

- Cinelli M. (2015), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- De Felice A. (2014), voce *Assegni familiari*, in *ED*, Giuffrè, Milano, 104 ss.
- De Martino C. (2020), *L'estensione giurisprudenziale ai somministrati a tempo indeterminato (in disponibilità) degli assegni per il nucleo familiare*, in *q. Riv.*, n. 1, II, 190 ss.
- Mesiti D. (2014), *Manuale di diritto previdenziale*, Giuffrè, Milano.
- Persiani M. (2012), *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova.
- Persiani M., D'Onghia M. (2018), *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Pessi R. (2016), *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano.
- Prosperetti G. (2019), *Ripensiamo lo Stato sociale*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano.

Marco Tufo
Dottore di ricerca in Relazioni di lavoro
presso l'Università di Siena

TRIBUNALE TARANTO, 2.4.2020, ord. – Est. Palma – R.D. (avv.ti Scaramo, Pastore) c. Inps (avv. Andriulli).

Congedi – Art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151/2001 – Disabilità – Diritto al congedo – Familiare affetto da patologia invalidante – Familiare subentrente – Presupposti – Riferimento al d.m. n. 278/2000.

L'art. 42, c. 5, del d.lgs. 26.3.2001, n. 151, nel riconoscere il diritto al congedo di cui al c. 2 dell'art. 4 della l. 8.3.2000, n. 53, prevede che un familiare subentra a quello considerato precedente ai fini del congedo medesimo se quest'ultimo è affetto da patologia invalidante, e cioè se non è in grado il familiare di grado poziore. Nel silenzio della legge deve farsi riferimento al d.m. n. 278/2000, il quale identifica le patologie specifiche in presenza delle quali vi sia diritto al godimento del congedo. (1)

**(1) DIRITTO A CONGEDO E SUBENTRO DEL FAMILIARE
IN CASO DI INCAPACITÀ ALL'ASSISTENZA**

1. — Il Tribunale di Taranto si pronuncia, con l'ordinanza in epigrafe, su un ricorso presentato in via cautelare (*ex art. 669-terdecies c.p.c.*) nei confronti del provvedimento emesso dal giudice del lavoro di Taranto che, sempre in sede di art. 700 c.p.c., aveva giudicato legittima la decisione dell'Inps di rifiutare la richiesta di aspettativa biennale di cui all'art. 42, c. 5, del d.lgs. n. 151/2001, avanzata da un lavoratore privato al fine di accudire la suocera convivente, destinataria di indennità di accompagnamento per pregresse patologie invalidanti.

Il caso di specie presentava elementi di una certa complessità, riconducibili al fatto che la iniziale destinataria del diritto a fruire dell'aspettativa (ossia la coniuge del ricorrente, figlia della persona per la quale era stata chiesta l'aspettativa) versava anch'essa in una condizione di inabilità: condizione che, tuttavia, il giudice di prime cure, in coerenza con la scelta dell'Inps, aveva riconosciuto come non ostativa all'assistenza in quanto non rientrante tra le patologie indicate, ai fini della concessione dell'invocato beneficio, nel d.m. n. 278/2000.

Di qui il rigetto del primo ricorso per difetto del requisito del *fumus boni iuris*, che l'ordinanza in epigrafe ribalta integralmente, proponendo una lettura della normativa affatto diversa e distante da quella prospettata dall'Inps e accolta dal giudice di prima istanza.

2. — La questione si colloca nel perimetro disegnato dal citato art. 42, c. 5, che è stato oggetto di ripetuti interventi di carattere additivo da parte del giudice delle leggi (Di recente, la sentenza della C. cost. 7.12.2018, n. 232, in *D&G*, 2018, n. 218 ss., con nota di Di Lallo), il quale ha offerto un prezioso elemento di esegesi in merito al requisito della «convivenza» del soggetto avente diritto al congedo, escludendo che il diritto possa essere negato in caso di assenza del requisito della convivenza stessa in un

momento antecedente la richiesta, ben potendo la fattispecie perfezionarsi anche nel caso in cui la stessa venga instaurata in un momento successivo.

Ora, il cuore della questione è costituito dalla previsione di cui al menzionato c. 5, a mente del quale il congedo di cui trattasi può essere riconosciuto anche al familiare o affine entro il terzo grado convivente del disabile in situazione di gravità, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri soggetti individuati dalla norma, secondo un ben definito ordine di priorità.

La previsione, come è noto, è stata oggetto di un processo di costante espansione, quanto all'ambito soggettivo di applicazione, a opera di una serie di pronunce della Corte costituzionale, di cui il Tribunale dà conto nella parte motiva (L'ultimo dei quali è costituito dalla nota sentenza C. cost. 18.7.2013, n. 203, in *GCost.*, 2013, n. 4, con nota di Longo).

Un *iter* estensivo che si muove in coerenza con la *ratio* della norma, che è quella di favorire l'assistenza del disabile grave in ambito familiare e assicurargli continuità nelle cure.

L'intento perseguito dalla Corte costituzionale (come anche affermato dallo stesso Inps con circolare n. 159/2013) – in una prospettiva di sussidiarietà – è quello di valorizzare la famiglia anche come strumento di attuazione di interessi generali, quali il benessere della persona e l'assistenza sociale in un'ottica di solidarietà interpersonale.

In questo percorso di progressivo ampliamento della platea dei soggetti a cui è riconosciuto il diritto alla fruizione del beneficio, la Corte ha comunque voluto individuare e mantenere un rigido ordine gerarchico. La Consulta, in altri termini, aveva rilevato, alla luce della plessa evoluzione della normativa, nella limitazione della sfera soggettiva fino ad allora vigente un fattore di pregiudizio dell'assistenza del disabile grave nei casi in cui i soggetti legittimati dalla norma a prestare assistenza si trovino impossibilitati a svolgere tale funzione.

3. — Punto nodale della disposizione in oggetto, ai fini che qui interessano, sono le nozioni di «mancanza» e di «patologie invalidanti», al sussistere delle quali il diritto è riconosciuto, in ordine gerarchico, ai soggetti dalla stessa indicati (tra i quali sono ora considerati, per effetto della citata sentenza della Corte costituzionale, anche i parenti e affini entro il terzo grado).

Sul concetto di «mancanza» è lo stesso Inps, nella citata circolare e confermando quanto già chiarito in precedenza con circolare n. 12/2012, a precisare che deve essere intesa non solo come situazione di assenza naturale e giuridica (celibato o stato di figlio naturale non riconosciuto), ma deve ricoprendere anche ogni altra condizione a essa giuridicamente assimilabile, continuativa e debitamente certificata dall'autorità giudiziaria o da altra pubblica autorità, quale: divorzio, separazione legale o abbandono.

Quanto invece alla individuazione delle «patologie invalidanti», in assenza di un'esplicita definizione di legge, le indicazioni dell'ente vanno nel senso che condivide il Tribunale di Taranto, assumendo come riferimento il d.m. n. 278/2000 che, in attuazione della l. n. 53/2000, identifica le «patologie specifiche» in presenza delle quali vi sia diritto al godimento del congedo.

Giova a questo riguardo ricordare che il citato d.m., all'art. 1, c. 2, prevede che «La lavoratrice e il lavoratore, dipendenti di datori di lavoro pubblici o privati, pos-

sono richiedere, ai sensi dell'art. 4, c. 2, della l. n. 53/2000, un periodo di congedo per gravi motivi, relativi alla situazione personale, della propria famiglia anagrafica, dei soggetti di cui all'art. 433 c.c. anche se non conviventi, nonché dei portatori di handicap, parenti o affini entro il terzo grado, anche se non conviventi. Per gravi motivi si intendono: a) le necessità familiari derivanti dal decesso di una delle persone di cui al presente comma; b) le situazioni che comportano un impegno particolare del dipendente o della propria famiglia nella cura o nell'assistenza delle persone di cui al presente comma; c) le situazioni di grave disagio personale, a esclusione della malattia, nelle quali incorra il dipendente medesimo; d) le situazioni, riferite ai soggetti di cui al presente comma a esclusione del richiedente, derivanti dalle seguenti patologie: 1) patologie acute o croniche che determinano temporanea o permanente riduzione o perdita dell'autonomia personale, ivi incluse le affezioni croniche di natura congenita, reumatica, neoplastica, infettiva, dismetabolica, post-traumatica, neurologica, neuromuscolare, psichiatrica, derivanti da dipendenze, a carattere evolutivo o soggette a riacutizzazioni periodiche; 2) patologie acute o croniche che richiedono assistenza continuativa o frequenti monitoraggi clinici, ematochimici e strumentali; 3) patologie acute o croniche che richiedono la partecipazione attiva del familiare nel trattamento sanitario; 4) patologie dell'infanzia e dell'età evolutiva aventi le caratteristiche di cui ai precedenti nn. 1, 2, e 3 o per le quali il programma terapeutico e riabilitativo richiede il coinvolgimento dei genitori o del soggetto che esercita la potestà».

Diversamente dal giudizio espresso dall'Inps e dal giudice di prima istanza – che, come accennato, avevano ritenuto che la patologia, peraltro accertata, della figlia della persona nel cui interesse era stato richiesto il congedo non rientrasse in nessuna delle fattispecie richiamate dal citato decreto ministeriale –, il Tribunale di Taranto rileva come le condizioni di salute della moglie del ricorrente «accertate al di là di ogni ragionevole dubbio» rientrino tra quelle che integrano le ipotesi indicate dal decreto ministeriale, e in particolare, trattandosi di malattie croniche tali da richiedere assistenza continuativa o frequenti monitoraggi clinici, nelle ipotesi di cui al punto 2).

A ben vedere, la decisione in commento arricchisce il percorso già tracciato dalla precedente giurisprudenza, soprattutto costituzionale, orientata a corredare di effettività il diritto della persona affetta da grave disabilità di essere assistita in un'ottica di salvaguardia della continuità delle relazioni affettive e dell'assistenza. Delineandosi una progressiva estensione della fattispecie di cui all'art. 42, c. 5, a sua volta da contestualizzare: come autorevole dottrina ha osservato (Del Punta 1992), mentre il d.lgs. n. 151/2001 si caratterizza per essere una «fonte esaustiva e autosufficiente», l'art. 2110 c.c. diviene mera fonte di disciplina.

In effetti – sintetizzando l'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni – l'istituto del congedo straordinario ha assunto carattere onnicomprensivo, tale da non potersi più ridurre a «strumento di tutela rafforzata della maternità in caso di figli portatori di handicap grave» (Vd. C. cost. 18.7.2013, n. 203, cit.), bensì funzionale a permettere «la cura del disabile nell'ambito della famiglia e della comunità di vita cui appartiene» e a «tutelarne nel modo più efficace la salute, di preservarne la continuità delle relazioni e di promuoverne una piena integrazione» (Cfr. C. cost. 18.7.2018, n. 158, in *GCost.*, 2018, n. 4, 1717 s.). Non è, quindi, tassativa l'originaria elencazione dei familiari potenziali beneficiari.

Del resto da tempo (Già con sentenza C. cost. 16.6.2005, n. 233, sulla quale si è soffermato Tondi della Mura 2005, 2007 ss.) la Consulta ha posto l'accento sulla rilevanza del nucleo familiare «nell'assistenza e nella socializzazione» del soggetto disabile, e su come «assicurare continuità nelle cure e nell'assistenza ed evitare vuoti pregiudizievoli alla salute psico-fisica del soggetto diversamente abile» assuma un carattere prioritario in materia.

Ne consegue il superamento di un approccio puramente assistenziale e l'irragionevolezza di ogni delimitazione della sfera soggettiva d'intervento fra le distinte categorie di familiari e la giustificazione della fungibilità tra parenti e affini per quel che concerne l'assistenza da prestare. Il che permette di istituire un parallelismo rispetto ai permessi retribuiti *ex art. 33, c. 3, della l. n. 104/1992* (Per un'analisi sui punti di contatto tra i due istituti, si rinvia a Pistore 2018).

4. — Concludendo, il filo conduttore che si intravede nella lettura di ricordata giurisprudenza estensiva degli ambiti di applicazione del congedo straordinario retribuito in esame, a partire dal più volte ricordato requisito della convivenza, da considerare in una prospettiva di funzionalità rispetto al diritto all'assistenza del disabile, è costituito dallo sforzo di dare concretezza a un diritto che, altrimenti, rimarrebbe confinato in un alveo di inesigibilità se ancorato a uno schema di riferimento del tutto formale (In questo senso si è espressa la stessa giurisprudenza di merito: *ex multis*, T. Perugia 4.7.2014, n. 299).

Riferimenti bibliografici

- Del Punta R. (1992), *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare*, in P. Schlesinger, *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 373 ss.
- Pistore G. (2018), *Permessi e congedi per l'assistenza alle persone con disabilità. Stato dell'arte e profili critici alla luce della l. n. 76 del 2016*, in W.P. Csalle «Massimo D'Antona».IT, n. 375, 1 ss.
- Tondi della Mura V. (2005), *Diritto al congedo straordinario per l'assistenza al soggetto disabile: verso una preferenza estesa ai familiari diversi dai genitori?*, in *GCost.*, 2007 ss.

Alessio Giuliani
Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali dotate di maggiore rappresentatività – Applicazione – Sussiste	511
--	-----

ASSEGNO PER IL NUCLEO FAMILIARE

Assegni familiari – D.P.R. n. 797/1955 – L. n. 153/1988 – Natura giuridica – Retribuzione – Previdenza sociale – Art. 1188, c. 2, c.c. – Sicurezza sociale.	529
---	-----

Assegni familiari – D.P.R. n. 797/1955 – L. n. 153/1988 – Natura giuridica – Retribuzione – Previdenza sociale – Assistenza sociale – Sicurezza sociale.	529
--	-----

COLLABORAZIONI

Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.	484
--	-----

Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.	484
--	-----

Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.	485
--	-----

Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.	485
--	-----

Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.	485
--	-----

Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.	486
--	-----

Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute.	486
--	-----

Lavoro subordinato – Lavoro autonomo – Salute – Rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza.	484
---	-----

CONGEDI

Art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151/2001 – Disabilità – Diritto al congedo – Familiare affetto da patologia invalidante – Familiare subentrante – Presupposti – Riferimento al d.m. n. 278/2000.	534
---	-----

CONTRATTO A TERMINE

Art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015 – Contratto di lavoro a tutele crescenti – Vizio – Nullità del termine – Conversione cd. giudiziale – Conversione cd. volontaria.	468
---	-----

CONTRATTO COLLETTIVO

Contratto aziendale – Usi aziendali – Sindacati – Retribuzione.	507
---	-----

CONTROLLI SUL LAVORATORE

Licenziamento disciplinare – Strumenti di lavoro – Informativa.	443
---	-----

DIRIGENTI

Licenziamento individuale – Giustificazione – Indennità supplementare – Risarcimento del danno non patrimoniale – Anzianità di servizio.	481
--	-----

DISCRIMINAZIONI

Discriminazione diretta fondata sul sesso – Parità di trattamento tra uomini e donne – Deroche – Sicurezza sociale.	517
---	-----

FERIE

Art. 7, Direttiva n. 2003/88 – Art. 153 TfUe – Art. 31, par. 2, Carta dei diritti fondamentali dell’Ue – Art. 51, par. 1, CdfUe – Art. 36 Cost. – Art. 2109 c.c. – D.lgs. n. 66/2003 – Conv. Oil n. 132/70 – D.lgs. n. 213/2004 – Diritto alle ferie – Congedo di malattia.	423
---	-----

GIORNALISTI

Collaboratore fisso <i>ex art. 2 del Cnlg</i> – Esclusività della prestazione – Iscrizione nell’elenco dei pubblicisti – Nullità del contratto – Esclusione – Diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro.	454
---	-----

LAVORO SUBORDINATO

Lavoro su piattaforma digitale – Qualificazione del rapporto di lavoro – Indici della subordinazione – Inserzione nell’organizzazione.	390
--	-----

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Licenziamento disciplinare – Condotta extralavorativa – Illegittimità – Tutela reale attenuata – Ambito di applicazione – Insussistenza del fatto contestato – Fatto «giuridico» – Esclusione.	448
--	-----

Licenziamento per g.m.o. – Manifesta insussistenza – Tutela indennitaria – Facoltà giudiziale – Questione incidentale di legittimità costituzionale – Violazione degli artt. 3, 41, 24, 111 Cost.	493
---	-----

MOBBING

Mobbing orizzontale – Responsabilità oggettiva del datore di lavoro – Esclusione. 463

ORARIO DI LAVORO

Direttiva n. 2003/88/Ce – Nozione di «lavoratore» – Impresa della logistica dell'ultimo miglio – Qualificazione di un corriere ingaggiato come fornitore autonomo di servizi – Possibilità per un corriere di avere subfornitori e fornire servizi in contemporanea per società concorrenti – Contratto o rapporto di lavoro subordinato – Non sussiste. 414

Part-time – Mora accipiendi – Trasformazione del rapporto – Nullità del contratto – Risarcimento del danno – Differenze retributive – Requisiti di forma – Forma scritta *ad substantiam – Mora credendi*. 473

Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori – Art. 31, par. 2, CdFUE – Direttiva n. 2003/88 – Artt. 3 e 5 – Riposo giornaliero e settimanale – Art. 6 – Durata massima dell'orario settimanale di lavoro – Direttiva n. 89/391 – Obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore. 428

PENSIONE

Pensione di reversibilità – Risarcimento per morte del congiunto – Cumulo. 522

TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE

Assistenza a familiare affetto da handicap grave – Benefici della l. n. 104/1992 – Diritto del lavoratore a essere trasferito *ex art. 33, c. 5, l. n. 104/92*, alla sede più vicina al familiare disabile – *Ius variandi* – Onere della prova ai sensi dell'art. 2103 c.c. – Onere del datore nella ricerca di posizioni lavorative presso la sede di appartenenza – Mancata dimostrazione dell'impossibilità di adibire il lavoratore alla propria sede. 501

TRASFERIMENTO DI AZIENDA

Cessione di ramo di azienda – Illegittimità – Mancato ripristino del rapporto con il cedente – Diritto al lavoro – Obblighi *ex art. 2103 c.c.* – Demansionamento – Totale inattività – Ripartizione dell'onere della prova – Danni conseguenti al demansionamento – Risarcimento del danno professionale – Indici – Gravità dell'inadempimento datoriale. 476

Direttiva n. 2001/23 – Art. 1, par. 1 – Mantenimento dei diritti dei lavoratori – Gestione di servizi di linea con autobus – Riassunzione del personale – Mezzi di esercizio non rilevati. 417

