

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO

Luciana Guaglianone ()*

LICENZIAMENTO PER ASSENTEISMO E INDIRETTA DISCRIMINATORIETÀ PER MOTIVI DI DISABILITÀ. A PROPOSITO DELLA SENTENZA *CONEJERO* (C-270/16)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 1.2. I fatti di causa. — 2. L'art. 52, lett. *d*, *Estatuto de los trabajadores*: genesi della norma. — 3. La decisione della Corte. — 4. La nozione di disabilità. — 4.1. La convivenza di due modelli di disabilità. — 5. La verifica della discriminatorietà dell'art. 52, lett. *d*, ET. — 5.1. Discriminazione indiretta e cause di giustificazione. — 5.2. L'interesse dell'impresa come causa di giustificazione. — 6. Le conseguenze della sentenza *Conejero* nell'ordinamento spagnolo. — 6.1. Spunti di riflessione nella prospettiva italiana.

1. — *Introduzione* — In un articolo del 2015, Jesus Cruz Villalon (1) rilevava l'estraneità della Corte di Giustizia al dibattito giurisprudenziale che (anche) in Spagna si era prodotto in seguito alle più recenti riforme del lavoro. Secondo l'Autore, una delle motivazioni di questa assenza è la limitata competenza che l'ordinamento dell'Ue ha in alcuni ambiti come, ad esempio, quello relativo ai licenziamenti individuali. L'osservazione, in assoluto condivisibile, deve essere rimodellata quando alcuni istituti, come il licenziamento, si incrociano con fattispecie tutelate o tutelabili da disposizioni antidiscriminatorie. In questi casi la legittimità delle normative nazionali non viene messa in discussione direttamente, ma in maniera indiretta, tramite il ricorso alle norme antidiscriminatorie. Al diritto antidiscriminatorio viene, di fatto, chiesto di esercitare un ruolo di supplenza per rafforzare diritti messi in crisi da ragioni prevalentemente economiche (2). Lo spostamento del baricentro dal livello nazionale a quello europeo acquisisce, così, una doppia valenza. Le esigenze europee sono (spesso) causa di modifiche peggiorative delle disposizioni nazionali, ma, allo stesso tempo, il ricorso all'ordinamento Ue diventa un possibile rimedio al peggioramento.

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

(1) Cruz Villalón 2015.

(2) Sembra che quanto sta succedendo in Spagna sia la concretizzazione del timore espresso da Barbera (2017), e che le tutele antidiscriminatorie si sostituiscano alla più efficace e universalistica tutela offerta dal diritto del lavoro. Vd. Guaglianone 2018.

Emblematica di questo processo è la giurisprudenza eurounitaria in materia di disabilità e lavoro; e quella spagnola costituisce un perfetto campo di verifica di quanto detto. La maggior parte delle sentenze che la Corte di Giustizia ha emesso in questo ambito hanno origine in pronunce pregiudiziali richieste da tribunali spagnoli per verificare la tenuta delle modifiche normative in materia di licenziamenti individuali quando la causale del licenziamento è la malattia del lavoratore. Fino alla sentenza *Conejero*, qui in commento, però, i tribunali spagnoli avevano chiesto alla Corte europea di ragionare intorno alla nozione di disabilità, allo scopo di flessibilizzarla (3) o, come dice Molina Navarrete (4), renderla più permeabile alla interazione tra malattia e disabilità, in modo da poter offrire ai lavoratori licenziati un ombrello protettivo più ampio. In questione, quindi, era l'ampliamento (o il tentativo di ampliamento) dell'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva n. 2000/78.

1.2. — *I fatti di causa* — Nel caso *Conejero*, invece, la domanda riguarda la potenziale discriminatorietà dell'art. 52, lett. *d*: norma che riconosce come causa legittima di licenziamento oggettivo le assenze intermittenti – anche se causate da una malattia giustificata e accertata dai servizi sanitari pubblici – che superino una percentuale fissata in maniera secca dalla legge (5).

In particolare, il giudice del rinvio chiede alla Corte se l'art. 2, paragrafo 2, lettera *b*, della Direttiva n. 2000/78 contrasti con l'art. 52, lett.

(3) *Ivi*.

(4) Molina Navarrete 2015.

(5) L'articolo 52 dell'*Estatuto de los trabajadores* (lo Statuto dei lavoratori spagnolo; di seguito, ET), relativo alla cessazione del contratto per cause oggettive, dispone, alla sua lettera *d*: «Il rapporto di lavoro può cessare per assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, che ammontino al 20% dei giorni feriali in due mesi consecutivi sempre che il totale delle assenze dal lavoro nei dodici mesi precedenti sia pari al 5% dei giorni feriali, o al 25% in quattro mesi non continuativi nel corso di un periodo di dodici mesi.

Ai fini del paragrafo precedente, non rientrano nel computo delle assenze dal lavoro le assenze dovute a sciopero legittimo per la durata dello stesso, lo svolgimento di attività di rappresentanza sindacale dei lavoratori, infortunio sul lavoro, maternità, rischio nel corso di gravidanza e allattamento, malattie determinate da gravidanza, parto o allattamento, paternità, congedi e ferie, malattia o infortunio non verificatosi sul lavoro quando l'assenza sia stata concessa dai servizi sanitari ufficiali [pubblici] e abbia una durata superiore a venti giorni consecutivi, né le assenze motivate dalla situazione fisica o psicologica conseguente a violenza di genere, certificata dai servizi sociali competenti o dai servizi sanitari, a seconda dei casi. Non si computano neanche le assenze dovute a una terapia medica per cancro o grave patologia».

d, ET nel caso in cui le assenze siano imputabili alla disabilità del lavoratore.

La domanda trae spunto dal licenziamento per motivo oggettivo che ha colpito il signor Conejero, disabile con percentuale riconosciutagli del 37% imputabile a una malattia metabolica che gli causava obesità, e della quale non era a conoscenza il datore di lavoro. Il signor Conejero, a causa di assenze motivate da patologie determinate dalla sua obesità – così come accertato dai servizi medici della salute pubblica –, supera il massimale di assenze consentito dalla legge e viene licenziato ai sensi dell'art. 52, lett. *d*, ET. Il *Juzgado de lo Social* n. 1 (Tribunale del lavoro) di Cuenca, al quale era stata sottoposta la causa, ipotizza che la norma spagnola violi il divieto di discriminazione a causa di handicap di cui alla Direttiva n. 2000/78. Richiamandosi alla causa *Foa* (C. Giust. 18.12.2014, C-354/13) – che ha riconosciuto che in alcuni casi l'obesità può essere considerata disabilità –, il giudice di Cuenca ritiene che le assenze fatte dal signor Conejero non possano ricadere nel computo di cui all'art. 52, lett. *d*, ET: la loro inclusione determinerebbe una discriminazione per motivi di handicap. Ipotizza, inoltre, che la dizione della norma di legge spagnola sia indirettamente discriminatoria perché, anche se apparentemente neutra, mette in condizioni di particolare svantaggio le persone portatrici di un handicap. A questo punto, però, si ferma. La giurisprudenza comunitaria, che avrebbe potuto aiutarlo nella soluzione del caso è la sentenza *Hk Danmark* (C. Giust. 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11), ma i dubbi derivano proprio dall'interpretazione della direttiva data dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Secondo l'opinione del giudice spagnolo, pur in presenza di circostanze di fatto simili, la genesi della formazione dell'art. 52, lett. *d*, ET potrebbe portare la Corte di Giustizia a conclusioni difformi. Gli obiettivi delle due disposizioni di legge sono diversi, dato che la norma spagnola, a differenza di quella danese, non ha tra i suoi scopi quello di incentivare l'attività lavorativa dei disabili.

2. — *L'art. 52, lett. d, Estatuto de los trabajadores: genesi della norma* — Leggendo la storia giudiziaria dell'art. 52, lett. *d*, ET, è di assoluta evidenza che il diritto antidiscriminatorio è stato utilizzato come ariete per rompere muri giuridici che non si è riusciti a valicare in altra maniera. Complessivamente infruttuosi i tentativi di far riconoscere l'illegittimità della norma utilizzando l'art. 6 della Convenzione dell'Oil n. 158/1982, vani quelli di valorizzare il diritto costituzionale alla salute, si prova a ottenere tutela, anche se solo per un gruppo di soggetti specifico, utilizzando le previsioni di diritto antidiscriminatorio. Dalla genesi della

riforma dell'art. 52, lett. *d*, ET (6), è altrettanto chiaro che utilizzare la normativa antidiscriminatoria vuole dire testare la tenuta del divieto di discriminazione per handicap alla luce delle ragioni economiche che hanno motivato la modifica della norma di legge. La finalità della previsione, come aveva esplicitamente dichiarato il governo spagnolo in occasione del dibattito parlamentare, è combattere l'assenteismo che si ripercuote negativamente sul Pil a causa delle ore di lavoro perdute, nonché sui costi di impresa tanto diretti quanto indiretti: su quelli diretti, in quanto è onere degli imprenditori pagare il costo integrale delle assenze per il periodo che va dal 14° al 16° giorno (7); su quelli indiretti perché l'imprenditore, a causa delle assenze, si deve fare carico di riorganizzare l'attività lavorativa (8).

Da un punto di vista tecnico, per abbattere l'assenteismo il legislatore opera sulla modifica dei criteri di computo della percentuale di assenze il cui superamento rende legittimo il licenziamento per motivi oggettivi. Questi passano da essere basati su un doppio indicatore – assenze individuali e assenze riferibili a tutto il personale (9) – a un criterio che tiene conto solo delle assenze individuali (10). Le conseguenze di questo cambio sono duplici: si elimina un riferimento oggettivo, utile per la verifica delle effettive ripercussioni dell'assenteismo sulla produttività dell'impresa; si mette a carico di singoli lavoratori il rischio di venire licenziati per assenze che, anche se formalmente giustificate, da un punto di vista aritmetico non rientrano nella percentuale indicata dal testo di legge.

(6) L'attuale versione del testo di legge è stata introdotta in seguito alle riforme del lavoro del 2012, che, in generale, hanno diminuito la forza protettiva delle disposizioni in tema di licenziamento. In particolare, per quanto riguarda la fattispecie specifica (assenze per malattia intermittente), il forte interesse a una regolamentazione più rigida trova un riscontro normativo nelle frequenti normative culminate nel testo vigente. Vd., *amplius*, nota 9.

(7) In realtà, in molti contratti collettivi è disposta una copertura a carico dell'impresa fin dal primo giorno di assenza.

(8) Lo ricorda Rojo (2018), citando il dibattito che aveva suscitato la riforma del lavoro del 2012.

(9) Diversamente da quello che disponevano il *real decreto ley* n. 10/2010 e la *ley* n. 35/2010, l'art. 52, lett. *d*, ET non richiede, perché scatti la sanzione del licenziamento, la verifica del complessivo assenteismo dell'unità produttiva, prima stabilito nel 5% e, successivamente, diminuito al 2,5%. Vd. Poquet 2012.

(10) Perché si sia in presenza di un licenziamento per assenteismo è necessaria una percentuale di assenze pari al 20% dei giorni feriali (in due mesi consecutivi), sempre che il totale delle assenze dal lavoro nei dodici mesi precedenti sia pari al 5% dei giorni feriali, o al 25% in quattro mesi non continuativi nel corso di un periodo di dodici mesi.

Alla Corte di Giustizia viene, quindi, chiesto di verificare se questa disposizione sia compatibile con il divieto di discriminazione per motivi di handicap. Secondo il giudice nazionale, i lavoratori disabili, nel caso in cui le assenze siano determinate da malattie connesse al loro stato di disabilità, potrebbero subire un'ingiustificata lesione dei loro diritti. Conseguenza, questa, non presa in considerazione dalla norma che esclude dal computo delle assenze alcune ipotesi riconosciute come meritevoli di particolare attenzione, ma non fa menzione della disabilità (11).

3. — *La decisione della Corte* — La tecnica che la Corte di Giustizia usa nella redazione della sentenza è classica, e indica la griglia normativa che sarà seguita nel giudizio. I primi a essere elencati sono i considerando che si riferiscono ai divieti di discriminazione diretta, indiretta e per ragione di handicap (numeri 11, 12, 16, 17, 20, 21). Poi la Corte individua gli articoli inerenti l'oggetto della Direttiva (art. 1), la nozione di discriminazione diretta e indiretta (art. 2), il campo di applicazione della Direttiva stessa (art. 3). Passaggio successivo è l'esame della normativa spagnola applicabile al caso che le è stato sottoposto: il principio costituzionale di eguaglianza e non discriminazione (art. 14 Ce); l'art. 4.2 ET (divieto di discriminazione diretta e indiretta per ragione di disabilità); l'art. 52, lett. d, ET; l'art. 2, r.d.l. n. 1/13, con il quale si introduce il concetto di disabilità e di discriminazione; da ultimo, l'art. 40, r.d.l. n. 1/13, che pone l'obbligo di introdurre misure per prevenire o compensare gli svantaggi derivanti da disabilità.

Quanto al contenuto della sentenza, a una lettura più attenta, è meno innovativo e più problematico di quello che pare a prima vista. La maggior parte delle conclusioni si inseriscono nel solco della precedente giurisprudenza della Corte, anche se hanno il pregio di confermare quanto

(11) Questa regola ha alcune eccezioni collegate a condizioni di impossibilità della prestazione per motivi soggettivi (ad esempio: infortunio sul lavoro, maternità, rischio nel corso di gravidanza e allattamento, malattie determinate da gravidanza, parto o allattamento, paternità, congedi e ferie, malattia o infortunio non verificatosi sul lavoro quando l'assenza sia stata concessa dai servizi sanitari ufficiali [pubblici] e abbia una durata superiore a venti giorni consecutivi). Inoltre, non rientrano nel computo delle assenze dal lavoro le assenze dovute a sciopero legittimo per la durata dello stesso, per lo svolgimento di attività di rappresentanza sindacale dei lavoratori. Infine, non si computano neanche le assenze dovute a una terapia medica per cancro o grave patologia né le assenze motivate dalla situazione fisica o psicologica conseguente a violenza di genere, certificata dai servizi sociali competenti o dai servizi sanitari, a seconda dei casi.

già enunciato; ad esempio: la nozione comunitaria di disabilità (vd. C. Giust. 9.3.2017, *Milkova*, C-406/15); la considerazione dell'obesità come potenziale fattore discriminatorio (vd. C. Giust., *Foa*, C-354/13, cit.) (vd., *infra*, par. 1.2).

Esclusa la diretta discriminatorietà dell'art. 52, lett. *d*, ET (vd. C. Giust., *Hk Danmark*, C-335/11 e C-337/11, cit.; C. Giust., *Milkova*, C-406/15, cit.), la Corte vaglia la sua indiretta discriminatorietà e, riportandosi a quanto enunciato nella sua precedente giurisprudenza (vd. *Hk Danmark*, C-335/11 e C-337/11, cit.), ammette la possibilità che la norma spagnola sia idonea a svantaggiare in modo particolare i lavoratori disabili.

Denso di implicazioni ben al di là del caso specifico è il percorso argomentativo che la Corte, interagendo con le conclusioni dell'Avvocato Generale, propone per verificare l'esistenza di cause di giustificazione. Richiamando la sentenza *Hk Danmark*, la Corte riconosce che combattere l'assenteismo è una finalità legittima e rinvia al giudice nazionale la valutazione dell'adeguatezza dei mezzi impiegati, indicando alcuni criteri da usare per la verifica. La stessa tecnica è utilizzata per valutare la proporzionalità della misura legislativa. A questo scopo, la Corte introduce come spunti di riflessione sia le proprie valutazioni in merito ai maggiori rischi di esclusione dal mondo del lavoro che incontrano le persone disabili (vd. sempre la sentenza *Hk Danmark*); sia osservazioni che prendono spunto dal testo di legge (art. 52, lett. *d*, ET), sia le riflessioni proposte dal Governo spagnolo. In particolare, ai giudici nazionali viene chiesto di valutare se le misure di cui all'art. 40, r.d.l. n. 1/13, introdotte per prevenire o compensare gli svantaggi derivanti da disabilità, siano idonee a «impedire o compensare gli svantaggi derivanti dalla disabilità, compresa l'eventuale insorgenza di malattie legate alla disabilità».

Poste queste premesse, la Corte riconosce che l'art. 52, lett. *d*, ET, in quanto consente di licenziare un lavoratore a causa di assenze giustificate, ma intermittenti, imputabili a malattie collegate alla disabilità di cui è portare il lavoratore, è indirettamente discriminatorio, a condizione che la normativa, «nel perseguire l'obiettivo legittimo di lottare contro l'assenteismo, vada al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo; circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare». Questa decisione, non del tutto apprezzata dalla dottrina spagnola (12), ribadisce la tendenza della Corte a non prendere posizione quando la potenziale causa di giustifica-

(12) Gutierrez Colominas 2018.

zione è connessa a scelte nazionali di politica occupazionale e di politiche sociali: materie escluse dalle competenze comunitarie.

Illustrato in sintesi il contenuto della decisione della Corte di Giustizia, vale ora la pena di riflettere in modo più approfondito su alcuni punti della stessa.

4. — *La nozione di disabilità* — Nel caso *Conejero*, la domanda pregiudiziale non richiedeva un'analisi della nozione di disabilità. La Corte di Giustizia Ue, tuttavia, coglie l'occasione per ribadire l'estensione della portata soggettiva di applicazione del divieto di discriminazione riportandosi a quanto deciso nelle sue sentenze immediatamente precedenti: sentenza *Milkova*, che a sua volta cita la sentenza *Daouidi* (C. Giust. 1.12.2016, C-395/15). La malattia, se di lunga durata e se incidente sull'integrazione socio-lavorativa del soggetto, potrà essere considerata come disabilità (13). All'interno di queste coordinate, è possibile che anche l'obesità possa essere considerata disabilità se ostacola «la sua piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori» (vd., in tal senso, sentenza *Foa*, C-354/13, cit.).

Il processo di flessibilizzazione della nozione di disabilità era iniziato con la nota sentenza *Hk Danmark* (C-335/11, cit.). Superata la lettura medica, che circoscrive la disabilità alle minorazioni fisiche e mentali che ostacolano la partecipazione della persona alla vita professionale, la Corte si era aperta a una nozione di disabilità riportabile sotto l'ombrello dei modelli «sociali» (14). Il ruolo giocato dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità (15) è chiaro e dichiarato. La Corte di Giustizia lavora

(13) La Corte di Giustizia, invece, richiamandosi alla sentenza *Chacon Navas* (C. Giust. 11.7.2006, C-13/05) ma conferma che la malattia, anche se deriva da una disabilità non è di lunga durata, rimane all'interno della nozione di malattia (punto 38).

(14) Bernardini (2016) mette in evidenza come parlare di «modello sociale» senza articolare ulteriormente le differenze al suo interno sia un'operazione da un punto di vista interpretativo imprecisa, in quanto i modelli riportabili sotto l'ala del «modello sociale» sono tra loro differenziati. Quello che li accomuna è il sovvertimento del modello biomedico a vantaggio di una «apertura qualificata come «socio-relazionale»: in essa, infatti, la disabilità è vista come un fenomeno creato attraverso relazioni, sia interpersonali, sia strutturali, e si configura soprattutto come una relazione sociale iniqua tra coloro che hanno un *deficit* e coloro i quali, invece, appartengono al novero di chi è considerato normodotato all'interno di una data società».

(15) È ben noto l'*iter* interpretativo che ha seguito la Corte di Giustizia per la definizione della portata dell'ambito soggettivo della direttiva. Spartiacque, almeno temporale, è la ratifica da parte dell'Unione della Convenzione Onu sulla disabilità

alla nozione di disabilità sulla falsariga delle caratteristiche che, in base all'art. 1 della Convenzione, devono avere i soggetti per essere considerati disabili: minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine e che, in interazione con barriere di diversa natura, impediscono ai disabili la piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri. La malattia, quindi, se «di lunga durata», potrà essere considerata come disabilità. Risultato di questa evoluzione interpretativa è una nozione eurolunitaria di disabilità, la cui esistenza la Corte ribadisce nella sentenza *Conejero* (vedi punto 32), autonoma da quella esistente nei diversi paesi, che spesso è correlata a verifiche centrate esclusivamente su problemi medici (16).

4.1. — *La convivenza di due modelli di disabilità* — Le precisazioni in merito alla nozione di disabilità servono per rafforzare la posizione della Corte, anche se, con riguardo allo specifico caso, potrebbero creare un corto circuito interpretativo. Il giudice del rinvio pregiudiziale, come già detto, non aveva sollevato il problema della valutazione della situazione del signor Conejero alla luce della giurisprudenza della Ue, ma aveva sottolineato che era da considerarsi disabile, sia ai sensi della direttiva, sia in quanto la sua disabilità era stata accertata da un provvedimento amministrativo. Parimenti ambigua è la scelta del modello di disabilità a cui fa riferimento il *Juzgado de lo Social* n. 1 di Cuenca nella pronuncia che decide la causa sospesa in seguito alla richiesta di rinvio pregiudiziale. Senza entrare nel merito, il giudice, genericamente, parla di riconoscimento della disabilità (17), la cui presenza accertata determinerebbe la discriminatorietà della norma spagnola (art. 52, lett. d, ET). Le ripercussioni pratiche di questi dubbi in-

del 2006 (avvenuta con la decisione n. 2010/48). Nelle successive sentenze, come *Hk Danmark* (C-335/11 e C-337/11, cit.), *Kalthof* (C. Giust. 18.12.2014, C-312/11), *Daouidi* (C-395/15, cit.) e *Conejero* (C-270/16, in commento), del resto, il ruolo giocato dal testo della Convenzione Onu nell'evoluzione della nozione di disabilità è chiaro ed esplicitamente dichiarato dalla stessa C. Giust. Vd. Valdès Dal-Rè 2018.

(16) Se la Corte, al momento di individuare le caratteristiche che contribuiscono all'identificazione della nozione di disabilità, utilizza degli indicatori chiari, trova molto più difficile elaborare indici probatori che fuoriescano dal modello medico. Non a caso, quando la C. Giust. delega ai giudici nazionali il compito di verificare il carattere duraturo della malattia e fornisce ai giudici nazionali una griglia più o meno articolata degli indizi da seguire (cfr. la sentenza *Daouidi*, cit.), li individua tutti in campo medico, oggettivizzandoli. Il momento della prova diventa, così, come poi vedremo anche in seguito, il vero punto debole della verifica della presenza del comportamento discriminatorio.

(17) Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 2018.

terpretativi non sono irrilevanti. Se la Corte di Giustizia, come è ovvio, giudica sulla base della sua nozione di disabilità, sarà sempre necessario, anche in presenza di disabilità certificata in base alle disposizioni nazionali, richiedere un'equiparazione tra questa e quella di derivazione europea. Da un punto di vista teorico, ciò implica che nei singoli Stati si avranno (o si potranno avere) due modelli di disabilità: uno, di derivazione nazionale, utile per godere dei benefici collegati a misure previdenziali e di sicurezza sociale (escluse dalla competenza dell'Unione); un altro, di derivazione europea, valido per testare la discriminatorietà di comportamenti, atti, norme di legge o di contratto alla luce del diritto della Ue. Una disabilità a due velocità, quindi, i cui differenti criteri di verifica operano (o possono operare) in ambiti diversi. In questo modo, però, anche se limitatamente agli aspetti tutelati dal diritto dell'Unione, e anche se non in maniera automatica, si raggiunge l'obiettivo di uniformare nei diversi Stati la nozione di disabilità (o una sua tipologia), superando quella strettamente medica e riportandola a una europea (18).

5. — *La verifica della discriminatorietà dell'art. 52, lett. d, ET* — Il giudice del rinvio pregiudiziale ha ben presente la giurisprudenza comunitaria in materia di disabilità. Individuato il percorso da seguire, si arena di fronte a dubbi interpretativi che sorgono dal confronto tra la fattispecie sottoposta al suo giudizio e quella decisa dalla Corte nel caso *Hk Danmark*. In entrambi i casi, la malattia costituisce motivo di trattamenti meno favorevoli, ma sono provocati da leggi i cui scopi sono diversi: finalizzata all'integrazione lavorativa dei disabili e a incentivare la loro assunzione quella danese; senza nessuna finalità di integrazione la disposizione di legge spagnola (art. 52, lett. d, ET). Questa difformità fa ipotizzare una possibile diversa conclusione del percorso giudiziario.

Posta così la questione, è subito chiaro che la verifica della discriminatorietà dell'art. 52, lett. d, ET dipende dall'esame della fondatezza delle cause di giustificazione. Non a caso la Corte di Giustizia, richiamandosi alla sua giurisprudenza precedente, supera rapidamente l'eccezione in merito alla diretta discriminatorietà. La norma di legge spagnola, evidenzia la Corte, si applica in modo identico alle persone con disabilità e a quelle non disabili; la legge, quindi, non introduce nessuna diversità di trattamento basata sulla disabilità.

(18) Gutierrez Colominas 2018.

5.1. — *Discriminazione indiretta e cause di giustificazione* — La verifica della indiretta discriminatorietà segue, invece, percorsi più articolati. La Corte riconosce l'idoneità dell'art. 52, lett. *d*, ET a svantaggiare maggiormente i lavoratori disabili, in quanto più esposti al rischio di cumulare assenze per brevi periodi.

Diversamente dal procedimento seguito in *Hk Danmark*, il giudice europeo testa l'effettiva discriminatorietà della norma solo alla luce delle cause di giustificazioni generali (art. 2, paragrafo 2, lett. *b*, punto i, Direttiva n. 2000/78). La verifica dell'adempimento dell'obbligo di «adottare misure adeguate», quale elemento qualificante per l'accertamento della presenza di una discriminazione, contrariamente a quanto suggerito dall'Avvocato Generale (vd. punto 30), retrocede a componente dell'esame della proporzionalità della disposizione spagnola (vd. punti 49 e 55). L'obbligazione di «adottare misure adeguate» di cui all'art. 2, paragrafo 2, lett. *b*, punto ii, Direttiva n. 2000/78, in questa maniera, perde la sua caratteristica di preventivo meccanismo di controllo della non discriminatorietà della norma (19). Con la conseguenza che – contrariamente, ad esempio, a quanto decide una sempre meno isolata giurisprudenza italiana (20) – la sola mancata adozione di misure adeguate non renderà il licenziamento illegittimo.

Il processo di verifica della discriminatorietà della norma spagnola segue, poi, binari tradizionali: la disparità di effetti pregiudizievoli deve essere oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi per conseguirla devono essere appropriati e necessari. Sempre facendo riferimento alla sentenza *Hk Danmark*, la Corte riconosce che combattere l'assenteismo è un obiettivo legittimo che, in quanto danneggia la produttività nazionale e incide sul costo del lavoro, rientra tra le misure di politica occupazionale. Per quanto riguarda la valutazione dell'adeguatezza dei mezzi utilizzati, la Corte indica al giudice di rinvio i criteri che dovrà utilizzare per vagliare il rispetto del principio di proporzionalità. L'elencazione dei criteri è abbastanza analitica, anche se eterogenea, e appare rispettosa del principio di leale collaborazione per guidare la decisione del giudice del rinvio. Il bilanciamento tra gli interessi in gioco, continua la Corte, deve tenere conto delle particolari difficoltà che incontrano i soggetti disabili e deve «considerare il danno che può causare ai soggetti interessati l'applicazione dell'art. 52, lett. *d*, ET» (punto 49). Il riferimento alle particolari

(19) Vd. Barbera 2007.

(20) Vd., tra le più recenti, T. Milano 28.10.2016, n. 2875, in *RGL*, 2017, n. 3, II, 475 ss., con nota di Malzani; Cass. 19.3.2018, n. 6798, in *www.italgiure.giustizia.it*.

difficoltà sociali che incontrano i soggetti disabili – spunto di riflessione costante dalla sentenza *Hk Danmark* in poi – è un chiaro richiamo alla nozione di disabilità sociale. E in questo senso va anche la successiva dichiarazione: il riconoscimento della non discriminatorietà passa, anche, per la prova dell'effetto di incentivazione all'assunzione e al mantenimento dell'occupazione che ha lo stesso art. 52, lett. *d*, ET. Si conferma, così, come nella giurisprudenza della Corte l'affermazione e il rafforzamento della nozione sociale di disabilità sia, comprensibilmente, meno contraddittoria se si limita a dichiarazioni di principio che non incidono sul dibattito in merito alla estensione soggettiva del divieto di discriminazione: punto sensibile dell'elaborazione in tema di disabilità. Di conseguenza, la tenuta del modello sociale di disabilità è molto più chiara quando la verifica della discriminatorietà non investe un'indagine sulle condizioni fisiche, ma esclusivamente sugli svantaggi sociali che causa. Chiari esempi di questa affermazione sono le sentenze *Coleman* (C. Giust. 17.7.2008, C-303/06) e *Odar* (C. Giust. 6.12.2012, C-152/11). Anche se le fattispecie sono differenti, in entrambe il riconoscimento della discriminatorietà di una situazione di disabilità diretta (*Odar*) o per associazione (*Coleman*), non comportando un'indagine sulle condizioni fisiche, ma esclusivamente sugli svantaggi sociali, consente alla Corte di Giustizia di utilizzare quale metro di valutazione, in maniera più esplicita, i criteri riportabili alla Convenzione.

L'ultimo aspetto che la Corte di Giustizia chiede al giudice nazionale di esaminare è quello relativo alla proporzionalità della misura normativa.

Il rischio che corrono i disabili, una volta espulsi dal mercato del lavoro, di non rientrarvi deve essere bilanciato con quanto la normativa spagnola prevede (art. 52, lett. *d*, ET) o potrebbe prevedere (art. 40, r.d.l. n. 1/2013) per mantenere un equilibrio tra gli interessi dell'impresa e «la protezione e sicurezza dei lavoratori» (vd. punto 53 delle dichiarazioni del Governo spagnolo). La prima ipotesi si riferisce alle modifiche, successivamente apportate al testo dell'art. 52, lett. *d*, ET, in base alle quali alcune tipologie di assenze, causate da particolari malattie o infortuni (21), non sono considerate assenze intermittenti. Come osservato dalla Corte di Giustizia (vd. punto 54), queste esclusioni, però, non ricomprendono «tutte le situazioni di handicap ai sensi della Direttiva n. 2000/78». La seconda ipotesi sembra fondarsi su un ragionamento meramente teorico. L'art. 40 del *real decreto ley* n. 1/2013 dispone l'obbligo di «adottare misure adeguate»; tuttavia, in questo caso sembra che il giudice europeo non sia tanto interessato a veri-

(21) Per l'elencazione delle ipotesi escluse vd. la nota 9.

ficarne la presenza effettiva, ma ritenga che sia sufficiente il richiamo esistente nella legge spagnola all'obbligo di adottarle. Si svislisce, così, uno dei punti più qualificanti della normativa in tema di divieto di discriminazione per disabilità.

Complessivamente, sembra che la Corte nel caso *Conejero* avrebbe avuto in mano tutti gli elementi per decidere in maniera autonoma, riconoscendo la discriminatorietà dell'art. 52, lett. d, ET. Rinvia, invece, in modo un po' pilatesco, la decisione al giudice nazionale, indicando una disomogenea serie di indici di prova. È vero che questa scelta va nel solco della tendenza della Corte a non prendere posizione, quando la potenziale causa di giustificazione è connessa a scelte nazionali di politica sociale o per l'occupazione: materie escluse dalle competenze comunitarie. Tuttavia, la Corte non sempre ha rispettato questa consuetudine. Recentemente, ad esempio, nel caso *Abercrombie* (C. Giust. 19.7.2017, C-143/16), ha deciso direttamente per la non discriminatorietà per età della normativa italiana in materia di contratto di lavoro intermittente senza rinviare al giudice nazionale la valutazione della proporzionalità e adeguatezza della misura. Mentre nel caso *Odar* (C-152/11, cit.) ha riconosciuto l'indiretta discriminatorietà in base all'handicap di una normativa contenuta in un regime aziendale di previdenza sociale che, sulla scorta di una disposizione nazionale, svantaggiava economicamente i disabili; secondo la Corte, infatti, anche se l'accordo è stato giustificato da un legittimo obiettivo di politica del lavoro, esso «arrecava un eccessivo pregiudizio ai legittimi interessi dei lavoratori gravemente disabili e va oltre, pertanto, a quanto necessario per la realizzazione degli obiettivi di politica sociale perseguiti dal legislatore tedesco» (vd. punto 70).

5.2. — *L'interesse dell'impresa come causa di giustificazione* — Oggetto della controversia *Conejero*, come si è detto, è la legittimità di un licenziamento per motivo oggettivo. La Corte ne valuta la liceità (anche) utilizzando un *iter* argomentativo che bilancia tra interesse dell'impresa e interesse del lavoratore. Conduce l'indagine ricostruendo la lotta all'assenteismo quale legittimo obiettivo di politica sociale e occupazionale. In questo modo attribuisce al legislatore spagnolo un grande margine di discrezionalità. Tra gli obiettivi di politica sociale che giustificano una ridotta potestà valutativa, secondo la Corte, vi è però non solo l'aumento della produttività ed efficienza (vd. punto 41), ma anche il contenimento dei costi diretti e indiretti che gravano sui datori di lavoro a causa delle assenze (vd. punto 42). Da una parte, quindi, un interesse collettivo, quello alla produttività ed efficienza; dall'altro un interesse, ricostruito come collettivo, ma ripor-

tabile, anche, a interessi privati. E uno degli indici che la Corte chiede al giudice nazionale di verificare è proprio quello inerente ai costi indiretti e diretti sostenuti dalle imprese. La Corte sembrerebbe suggerire, quindi, una lettura in cui l'interesse dell'impresa, così inteso, costituisce una potenziale causa esimente della discriminatorietà. Si inserisce, così, nel filone, sempre più frequente, di giurisprudenza comunitaria che, come dice Giubboni (22), «tende ad attribuire all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione una fortissima carica deregolativa nel nome della libertà di impresa». L'argomento è estremamente complesso e non è questa la sede per affrontarlo. Si osserva, però, che la libertà di impresa viene sempre più spesso utilizzata quale causa esimente per bilanciare diritti fondamentali quale, ad esempio, recentemente, quello alla libertà religiosa. Le recenti sentenze *Achbita* (C. Giust. 14.3.2017, C-157/15) e *Bougnaoui* (C. Giust. 14.3.2017, C-188/15), grazie alle loro conclusioni contrastanti, sono, però, prova indiretta di come sia possibile non appiattirsi sulla indistinta valorizzazione della libertà di impresa a scapito dei diritti fondamentali riconosciuti ai lavoratori (23). Nel caso *Conejero*, invece, la Corte non indica nemmeno «il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato», contenuto nell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali, quale elemento da tenere in considerazione al momento di effettuare il bilanciamento (vd., in questo senso, i punti 89-90 della sentenza C. Giust. 21.12.2016, *Aget Iraklis*, C-201/15): nonostante il richiamo effettuato in proposito dall'Avvocato Generale e nonostante la tipologia del divieto di discriminazione che si chiedeva di tutelare (in materia di disabilità), la cui rilevanza sociale è stata ribadita dalla stessa Unione europea con la ratifica della già ricordata Convenzione Onu.

6. — *Le conseguenze della sentenza Conejero nell'ordinamento spagnolo*

— La sentenza del *Juzgado de lo Social* di Cuenca, che nel marzo del 2018, successivamente alla risposta della Corte di Giustizia, decide la controversia nazionale (24), riconosce la indiretta discriminatorietà dell'art. 52, lett. d, ET, utilizzando nelle sue argomentazioni solo alcuni dei suggerimenti indicati dai giudici europei. Con una scelta abbastanza singolare e non del tutto comprensibile, vista la rilevanza del tema (25), ad esempio, ignora

(22) Giubboni 2016; Orlandini 2017.

(23) Protopapa 2017; Scarponi 2017; Cosio 2017.

(24) Si può leggere in www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-ts.

(25) I primi commentatori spagnoli, infatti, ipotizzano che la sentenza potrebbe essere riformata sulla base del costo economico che dovrebbero sopportare gli impen-

completamente i quesiti economici posti dalla Corte europea che, verosimilmente, sembrerebbero uno dei cardini della soluzione del giudizio. In questo modo non solo lascia spazio a una probabile riforma della sentenza, ma perde anche l'occasione di rafforzare il dibattito giuridico critico con una troppo sbilanciata idea di interesse di impresa.

Allo scopo di motivare l'indiretta discriminatorietà dell'art. 52, lett. d, ET il Tribunale spagnolo fa sue tutte le osservazioni della Corte di Giustizia finalizzate a sottolineare la rilevanza sociale della tutela dei disabili e la loro maggiore esposizione al rischio. Si limita, però, a dichiarazioni di adesione al pensiero della Corte senza fornire nessun elemento di prova. Procede in modo analogo per quanto riguarda la valutazione dell'esclusione di alcune infermità dal computo dei giorni di assenza validi ai fini della maturazione dei termini per il licenziamento. Contesta le dichiarazioni del Governo spagnolo, che le ritiene una misura di bilanciamento, osservando che la tecnica della lista chiusa non è giustificata da un'obiettivo finalità legittima, «come richiede l'inciso i» della disposizione comunitaria, e che, escludendo i soggetti riconosciuti come disabili, è indirettamente discriminatoria. Ma non aggiunge alcun elemento probatorio.

Un altro punto significativo per la soluzione della causa sarebbe potuto essere riflettere sul ruolo di riequilibrio che potrebbe avere l'obbligo di introdurre misure adeguate, previsto dall'art. 40 del *real decreto ley* n. 1/2013 ed esplicitamente indicato dal giudice comunitario quale elemento da tenere presente. Di nuovo siamo di fronte a un'occasione perduta: la norma non è nemmeno presa in considerazione e la scelta appare singolare non solo per la rilevanza teorica e pratica del problema, ma anche perché la verifica dell'attuazione dell'obbligo di introdurre misure adeguate è una prassi già in uso nelle Corti spagnole. Inoltre, il giudice di Cuenca avrebbe potuto qualificare la sua proposta di inserire all'interno delle ipotesi escluse dal computo delle assenze anche i soggetti disabili come una «misura adeguata» ai sensi delle disposizioni nazionali ed eurounitarie, raggiungendo così un doppio scopo: criticare l'attuale mancanza di «misure adeguate» e suggerire una linea di intervento al legislatore.

Il giudice di Cuenca si limita invece ad affermare che l'art. 52, lett. d, ET non ha come obiettivo l'integrazione e che, non essendo prevista nella legge la possibilità di escludere dal computo delle assenze quelle fatte da lavoratori disabili per malattie collegate alla loro disabilità, il licenziamento del signor Conejero è nullo in quanto discriminatorio.

ditori nel caso in cui si riconoscesse l'indiretta discriminatorietà della norma di legge. Vd. Beltran de Heredia Ruiz 2018; Iturri Gàrate 2018.

Questa sentenza, accolta in Spagna con molto interesse ma anche con diversi dubbi, a livello nazionale sembra aprire problemi più che risolverli, non solo perché evita di confrontarsi con i punti più sensibili della vicenda, cioè la prova e delimitazione dell'interesse economico e la ricognizione dell'attuazione dell'obbligo di introdurre misure adeguate, ma anche perché lavora su un'equivoca nozione di disabilità. Il testo della sentenza sottolinea infatti che la disabilità del signor Conejero – l'obesità – era stata riconosciuta amministrativamente, ma non correla in nessun modo le caratteristiche richieste per questo riconoscimento con quelle di derivazione europea. L'affermazione della supposta identità di concetti, peraltro non condivisa da parte della dottrina spagnola (26), potrebbe in futuro mettere in difficoltà tutti i tentativi, fino a ora molto frequenti, di includere nel concetto di disabilità anche la malattia, superando il limite del diritto nazionale.

6.1. — *Spunti di riflessione nella prospettiva italiana* — Riflettendo più in generale sulla sentenza della Corte di Giustizia, il bilancio che si può trarre è pieno di chiaroscuri e di punti incerti. Si conferma e si rafforza la nozione comunitaria in relazione al campo di applicazione soggettivo della direttiva (nozione di disabilità; possibile inclusione dell'obesità tra le ipotesi di disabilità). Si riconosce la potenziale indiretta discriminatorietà delle disposizioni in materia di assenteismo. Tuttavia, e qui iniziano le incertezze, questa acquisizione è soggetta a oneri di prova che richiederanno, sempre, di bilanciare le ragioni dei disabili con quelle dell'impresa, allo stato con esiti molto incerti. Inoltre, si registra una retrocessione dell'obbligo di misure ragionevoli da causa di giustificazione autonoma (art. 2, par. 2, lettera b, ii) a componente del test di giustificazione. Circostanza, questa, che potrebbe incidere negativamente sull'evoluzione della giurisprudenza nazionale che sta incominciando a utilizzarlo quale tecnica di verifica preliminare di legittimità.

Ma in che modo la sentenza della Corte può riguardare l'ordinamento italiano? In tema di disabilità non è mai stata sottoposta alla Corte di Giustizia europea da parte dei giudici italiani nessuna domanda pregiudiziale. In parte perché, forse, la normativa italiana è più garantista di quella spagnola (27). Penso, ad esempio, alla disciplina sanzionatoria del licenziamento spagnolo intimato per «*incapacidad temporal*» (28): situazione in

(26) Gutierrez Colominas 2018; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 2018.

(27) Vd., per un confronto tra la normativa italiana e quella spagnola, Fernández Martínez, Sánchez Pérez 2016.

(28) È la fattispecie che ha dato origine al caso *Daouidi*.

cui, pur in vigenza del periodo di comporto, il datore di lavoro può licenziare il lavoratore e il licenziamento, anche se illegittimo, è sanzionato solo con rimedi risarcitori. Con la conseguenza che, spesso, si cerca di offrire maggiore tutela ai lavoratori cercando di inquadrare il licenziamento come intimato in violazione del divieto di discriminare per disabilità. In parte, perché probabilmente è alquanto scarsa la conoscenza del diritto antidiscriminatorio, in particolare in materia di disabilità (29). Quanto osservato in relazione all'Italia, però, non implica che non si possa riflettere sulla potenziale indiretta discriminatorietà di termini di comporto che non prevedano una differenziazione tra malattie derivanti da disabilità e malattie non riportabili a questa. Questo aprirebbe la porta alla verifica della tenuta della nostra nozione di disabilità, alla luce della giurisprudenza comunitaria, con risultati non sempre positivi. Per ovviare, almeno, a una parte di un possibile contenzioso, una soluzione abbastanza immediata potrebbe essere quella di affidare alla contrattazione collettiva il compito di indicare termini differenziati di comporto nei casi in cui le malattie derivino da disabilità. Del resto, accordi simili sono già presenti in alcuni contratti collettivi che regolamentano in maniera differente il periodo di comporto per i lavoratori che sono pazienti oncologici (30). Anche se, nel caso dei disabili, sicuramente, ci troveremmo di fronte al problema teorico di quale nozione di disabilità utilizzare, posto che, al momento, la certificazione della disabilità segue procedure di tipo medico. Nonostante i dubbi applicativi che potrebbe generare, una tale disciplina contrattuale sarebbe, molto probabilmente, legittima: anche se estranea al dovere di intervenire tramite l'introduzione di misure adeguate normativamente previsto dall'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 216/03, potrebbe essere considerata una buona prassi. Del resto, un aumento di sensibilità nei confronti di soggetti socialmente più deboli come sono i disabili è riscontrabile anche nella recentissima giurisprudenza nazionale. La valutazione dell'adempimento dell'obbligazione di introdurre misure ragionevoli comincia a costituire una prova decisiva ai fini della verifica della liceità del licenziamento (31).

(29) Anche se, utilizzando argomenti valutativi più tradizionali, la giurisprudenza di Cassazione in molte sue sentenze ha tutelato maggiormente i disabili, decidendo per la non maturazione del periodo di comporto nei casi in cui il superamento di questo derivi da assenze collegate all'invalidità. In questo senso, vd. Cassazione n. 7730/04 e Cassazione n. 9395/17, in *www.italgiure.giustizia.it*.

(30) Militello 2018.

(31) Vd.: T. Milano 28.10.2016, n. 287, cit.; Cass. 19.3.2018, n. 6798, cit.

Quanto alla rilevanza specifica del contenuto della pronuncia *Conejero*, come ben noto, in Italia l'assenteismo non costituisce, nel settore privato, un'esplicita causa di licenziamento. Né la giurisprudenza italiana, in via interpretativa, riconosce l'ammissibilità di questa causale quale legittimo motivo di licenziamento. Del tutto episodica sembra la pronuncia di Cassazione n. 18678/14, che aveva valutato, come causa di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, «delle sistematiche assenze avvenute a macchia di leopardo». Tale sentenza, difatti, è stata subito smentita da una successiva decisione della stessa Cassazione (Cass. n. 16472/15), che conferma il principio in base al quale le reiterate assenze per malattia possono essere causa di licenziamento solo dopo il superamento del periodo di comporto.

Se la nostra normativa legale è più favorevole di quella spagnola, non così accade invece per quanto riguarda le previsioni contrattual-collettive. Anche se, al momento, sembra un caso isolato, non si può dimenticare il Contratto di primo livello Fiat del dicembre 2011, che ha introdotto in modo esplicito una clausola antiassenteismo (32). Diversa è la scelta fatta in Spagna, dove molti contratti collettivi hanno scelto di non sanzionare l'assenteismo, ma di premiare l'assiduità lavorativa tramite l'introduzione di clausole in materia di retribuzione variabile collegate alla presenza (33). Le clausole contrattuali spagnole, quindi, hanno scelto di non introdurre sanzioni negative, bensì di contenere il fenomeno dell'assenteismo tramite rimedi di tipo promozionale (34).

(32) Volendo fare un confronto con la normativa spagnola in materia, è interessante evidenziare come la base di calcolo nel contratto Fiat di primo livello non siano le assenze individuali, ma quelle riportabili allo stabilimento/ente/unità organizzativa, e che la verifica è fatta in modo separato per il gruppo degli operai/impiegati e per quello dei *professional*. Analizza approfonditamente la tematica Garofalo (2011).

(33) Poquet 2012.

(34) Allo stato, non si conoscono sentenze che considerano discriminatorie queste tipologie di clausole contrattuali. Al contrario, anche se molto risalente nel tempo, Tssl Catalunya del 29.3.2007 rigetta sia l'incostituzionalità della disposizione legislativa, in quanto non viola l'art. 14 Ce, sia la sua natura discriminatoria, giacché l'art. 17.1 ET non include la malattia tra le cause di discriminazione.

Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 105 ss.
- Barbera M. (2017), *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione*, Ediesse, 189 ss.
- Beltran de Heredia Ruiz I. (2018), *El despido por ausencias derivadas de enfermedad vinculadas a una discapacidad es discriminatorio: respuesta de JS/1 Cuenca al caso Ruiz Conejero*, in <https://lignasibeltran.com>, consultato il 23 aprile 2018.
- Bernardini M.G. (2016), *Disabilità, giustizia, diritto*, Giappichelli, Torino, 40 ss.
- Cosio R. (2017), *L'uso del velo islamico nei posti di lavoro. Il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà d'impresa*, in www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini, consultato il 25 giugno 2018.
- Cruz Villalón J. (2015), *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Temas Laborales*, n. 130, 20 ss.
- Fernández Martínez S., Sánchez Pérez J. (2016), *El despido derivado de la incapacidad temporal del trabajador: estudio comparado entre España y Italia*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y derecho del Empleo*, n. 3, 162 ss.
- Garofalo D. (2011), *Il contrasto all'assenteismo negli accordi Fiat di Pomigliano d'Arco e di Mirafiori*, in *ADL*, vol. 16, fasc. 3, I, 499 ss.
- Giubboni S. (2016), *Libertà di impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in www.costituzionalismo.it, fasc. n. 3, 93 ss.
- Guaglianone L. (2018), *La malattia di lunga durata come causa di discriminazione? La recente giurisprudenza spagnola in tema di licenziamento per «incapacidad temporal»*, in corso di pubblicazione.
- Gutierrez Colominas D. (2018), *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Tesi dottorale inedita, Uab, Barcellona, 297 e 442.
- Iturri Gàrate J.C. (2018), *Volgerà la obesidad al Tribunal de Luxemburgo? El asunto Ruiz Conejero*, in <http://jpdsocial.blogspot.com/2018/03/volvera-la-obesidad-al-tribunal-de.html>, consultato il 25 giugno 2018.
- Militello M.G. (2018), *La tutela del lavoratore affetto da patologia oncologica in Italia*, in *DRI*, n. 2, 456 ss.
- Molina Navarrete C. (2015), *Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del caso «Ring»*, in *Temas Laborales*, n. 130, 140 ss.
- Orlandini G. (2017), *Libertà di stabilimento versus diritto al lavoro: ancora un bilanciamento «sbilanciato» tra libertà economiche e diritti dei lavoratori*, in *DLRI*, 209 ss.
- Poquet Catala R. (2012), *La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012*, in *Actualidad Laboral*, 2 e 17.
- Protopapa V. (2017), *I casi Achbita e Bougnaoui. Il velo islamico tra divieto di discriminazione, libertà religiosa ed esigenze dell'impresa*, in *ADL*, n. 4-5, II, 1069 ss.

- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer M. (2018), *Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78*, in *Derecho de las Relaciones laborales*, 231 ss.
- RojoTorrecilla E. (2018), *Sobre discapacidad, enfermedad y absentismo. El juez nacional, sólo ante el peligro (perdón, ante el caso). A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16)*, in www.edoatorojotorrecilla.es, 19 gennaio.
- Scarponi S. (2017), *Rapporto di lavoro e simboli religiosi: neutralità e pregiudizio nelle sentenze della Corte di Giustizia sul velo*, in <http://www.europeanrights.eu/public/comments/Bronzini>, consultato il 26 giugno 2018.
- Valdès Dal-Rè F. (2018), *El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos*, in *Derecho de las Relaciones laborales*, 8 ss.

CORTE DI GIUSTIZIA, 18.1.2018, C-270/16, S. Terza – Avv. Gen. Sharpston – Carlos Enrique Ruiz Conejero (avv. ti Martínez Guijarro, de la Rocha Rubí) c. Ferroser Servicios Auxiliares Sa (avv. Gallardo Cubero).

Discriminazioni – Direttiva n. 2000/78/Ce – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Art. 2, par. 2, lett. b, i – Divieto di discriminazione fondata sulla disabilità – Normativa nazionale che autorizza, a determinate condizioni, il licenziamento di un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate – Assenze del lavoratore derivanti da malattie imputabili alla sua disabilità – Disparità di trattamento basata sulla disabilità – Discriminazione indiretta – Giustificazione – Lotta all'assenteismo sul lavoro – Congruità – Proporzionalità.

L'art. 2, par. 2, lett. b, i, della Direttiva n. 2000/78/Ce, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, tranne se tale normativa, nel perseguire l'obiettivo legittimo di lottare contro l'assenteismo, non va al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo; circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare. (1)

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE DI GIUSTIZIA, 9.11.2017, C-306/16, S. Nona – Avv. Gen. H. Saugmandsgaard – A.F.M.M.D.R. c. V.S.-T., J. e A. Sa.

Riposi – Art. 5, Direttiva n. 2003/88 – Riposo settimanale – Art. 15, Direttiva n. 2003/88 – Principio di flessibilità – Art. 17, Direttiva n. 2003/88 – Deroche al riposo settimanale – Artt. 221 e 232 del Codice del lavoro portoghese – Applicazione della Direttiva n. 2003/88 in Portogallo e in Italia.

L'art. 5 della Direttiva n. 2003/88 non impone che il periodo minimo di riposo settimanale di 24 ore sia concesso entro il giorno successivo a un periodo di sei giorni di lavoro consecutivi, ma impone che esso sia concesso nell'ambito di ogni periodo di sette giorni. (1)

(1) IL RIPOSO SETTIMANALE OGNI PERIODO DI SETTE GIORNI

1. — La controversia in esame riguarda l'interpretazione dell'art. 5 della Direttiva europea n. 2003/88, entrata in vigore il 2 agosto 2004 in sostituzione della precedente Direttiva n. 93/104, in tema di riposo settimanale spettante al lavoratore.

Nel caso di specie, un dipendente della società titolare del Casinò del Portogallo chiede al Tribunale il risarcimento del danno per aver lavorato, in taluni casi, per 7 giorni consecutivi, in violazione dell'art. 5 della Direttiva n. 2003/88 e delle convenzioni Oil – alle quali il Codice portoghese è tenuto a uniformarsi –, che impongono al datore di lavoro di concedere un giorno di riposo al massimo dopo 6 giorni consecutivi di lavoro. La società, da parte sua, ritiene che le normative citate non impongano un limite ai giorni di lavoro consecutivi, quanto un lasso di tempo di riposo per ogni periodo di lavoro di sette giorni. Sul punto, la Corte d'Appello di Porto solleva una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia europea.

L'art. 5 della Direttiva europea n. 2003/88, rubricato «Riposo settimanale», dispone: «Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici, per ogni periodo di sette giorni, di un periodo minimo di riposo ininterrotto di 24 ore a cui si sommano le 11 ore di riposo giornaliero previste dall'art. 3. Se condizioni og-

gettive, tecniche o di organizzazione del lavoro lo giustificano, potrà essere fissato un periodo minimo di riposo di 24 ore».

L'art. 15 precisa poi: «in funzione dei problemi che possono essere sollevati dall'organizzazione dell'orario di lavoro nell'impresa, pare opportuno prevedere una certa flessibilità nell'applicazione di determinate disposizioni della presente direttiva, garantendo nel contempo il rispetto dei principi della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori»; il paragrafo 2 dell'art. 17 della Direttiva europea n. 2003/88 sembra proprio dare attuazione al principio di flessibilità appena enunciato, disponendo: «Si può derogare agli articoli 3, 4, 5, 8, e 16 mediante contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali a livello nazionale o regionale o, conformemente alle regole fissate da dette parti sociali, mediante contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali a un livello inferiore [...] o mediante contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali a un livello collettivo adeguato»; «le deroghe [...] sono consentite soltanto a condizione che ai lavoratori interessati siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo o, in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori sia accordata una protezione appropriata». Inoltre, ai sensi dell'art. 22: «... nessun datore di lavoro chiedi a un lavoratore di lavorare più di 48 ore nel corso di un periodo di 7 giorni [...] a meno che non abbia ottenuto il consenso del lavoratore all'esecuzione di tale lavoro».

La Corte di Giustizia ha evidenziato che il Portogallo, diversamente dall'Italia, non ha recepito l'art. 16, lettera *a*, della Direttiva n. 2003/88/Ce, che consente «per l'applicazione dell'articolo 5 (riposo settimanale), un periodo di riferimento non superiore a 14 giorni».

Dal combinato disposto degli artt. 221 e 232 del Codice del lavoro del 2009 si evince come il lavoratore abbia diritto ad almeno un giorno di riposo per ogni periodo di sette giorni, che può non coincidere con la domenica, fatto salvo il periodo di riposo supplementare a lui spettante, continuo o discontinuo, per tutte o alcune settimane dell'anno, pattuito tanto con contrattazione collettiva quanto con un contratto di lavoro. Nello stesso senso si muove l'Accordo aziendale tra la società parte in causa e il sindacato dei lavoratori del Casinò del 2002, rinnovato nel 2003 e nel 2007: la clausola 36 stabilisce che tutti i lavoratori, ai quali si applica l'accordo aziendale in questione, hanno il diritto a godere di due giorni di riposo settimanale a eccezione di quelli che prestano servizio presso il Bingo. Inoltre, i riposi a rotazione, spettanti ai lavoratori di alcuni settori specifici, devono «coincidere periodicamente, almeno ogni quattro settimane, con il sabato e/o la domenica, salvo eccezioni per una necessità urgente dell'impresa e/o debitamente motivate».

Nella fattispecie in oggetto, tra il 2008 e il 2009, il lavoratore lamenta di aver lavorato per 7 giorni consecutivi, in violazione degli articoli 221 e 232 del Codice del lavoro, in applicazione della Direttiva europea n. 2003/88, la quale, a detta del ricorrente, vieta al lavoratore di lavorare per più di sei giorni consecutivi.

Ma non solo; il lavoratore ritiene anche che la condotta del datore di lavoro sia contraria alla Convenzioni Oil; si cita, ad esempio, quella del 1921, n. 14, concernente l'applicazione del riposo settimanale negli stabilimenti industriali, che all'art. 2 sostiene che: «1. Tutto il personale occupato in uno stabilimento industriale qualsiasi, pubblico o privato, o nelle sue dipendenze, dovrà, salve le eccezioni previste negli articoli se-

guenti, godere, nel corso di ogni periodo di sette giorni, di un riposo di almeno ventiquattr'ore consecutive. 2. Questo riposo sarà accordato, per quanto possibile, simultaneamente a tutto il personale di ogni stabilimento. 3. Esso coinciderà, per quanto possibile, con i giorni consacrati dalla tradizione o dagli usi del paese o della regione».

Di avviso opposto è invece la società convenuta, la quale ritiene che la normativa in esame non impone nessun limite consecutivo ai giorni di lavoro, bensì garantisce il riposo settimanale per ogni periodo di lavoro di sette giorni.

La questione interpretativa verte proprio su questo punto: cosa si intenda con «per ogni periodo di sette giorni» *ex art. 5* della Direttiva europea n. 2003/88, in quanto il Portogallo, come sopra ricordato, non ha recepito l'art. 16 della Direttiva.

Dal tenore letterale della norma si evince che la direttiva europea ha come scopo quello di bilanciare due categorie di interessi: da un lato, la tutela della sicurezza e della salute del lavoratore; dall'altro, le esigenze organizzative e produttive dell'impresa che giustificerebbero una certa flessibilità nell'applicazione della direttiva.

Parte della dottrina ritiene che, in questo quadro di riferimento, non si possa non considerare il rispetto della salute e della sicurezza del lavoratore *ex art. 15* quale valore fondamentale e imprescindibile del lavoratore, che deve beneficiare di riposi appropriati a garanzia della conservazione delle sue energie psico-fisiche. Secondo tale orientamento dottrinale, quindi, l'ago della bilancia non può che pendere in favore della salute e della sicurezza del lavoratore, basandosi sul principio del «riposo adeguato» *ex art. 2*, comma 9, della Direttiva europea, il quale enuncia: «il fatto che i lavoratori dispongano di periodi di riposo regolari, la cui durata è espressa in unità di tempo, e sufficientemente lunghi e continui per evitare che essi, a causa della stanchezza, della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a sé stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine». Infatti, «il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere meramente economico» e, non a caso, è stabilito, ai sensi dell'art. 6 b) della Direttiva, che «la durata media dell'orario di lavoro per ogni periodo di sette giorni non superi 48 ore, comprese le ore di lavoro straordinario» (Casotti, Gheidi 2010, XII ss.).

L'orientamento dottrinale si sofferma anche su un altro aspetto a difesa del lavoratore, ovvero la «clausola di non regresso»: ai sensi dell'art. 18, paragrafo 3, della Direttiva n. 104, «fatto salvo il diritto degli Stati membri di fissare, alla luce dell'evoluzione della situazione, disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e convenzionali diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati, l'attuazione di quest'ultima non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori». La direttiva che disciplina il riposo settimanale non deve quindi vanificare e peggiorare le tutele concesse precedentemente (Santucci *et al.* 2008, 126).

La sentenza della Corte di Giustizia applicata al caso di specie, però, va in un'altra direzione, secondo il ragionamento che segue.

La Corte ritiene anzitutto che la nozione *ex art. 5* della Direttiva europea in esame debba avere un'interpretazione letterale uniforme in tutti gli Stati membri, essendo una nozione autonoma del Diritto dell'Unione; tuttavia, nello stesso tempo, sottolinea come l'articolo suddetto non precisi da quale momento esatto decorra il periodo

di riposo; quindi, su tale punto, lascia ampia flessibilità e discrezionalità agli stessi Stati membri. Nello stesso senso si muove, sempre ad avviso della Corte, l'utilizzo dell'espressione «periodo di riferimento», usata agli artt. 16 e 22 della Direttiva, in quanto il periodo di riposo continuo di 24 ore più le 11 consecutive può essere concesso in qualsiasi momento nell'arco dei sette giorni di cui sopra.

Sulla base, quindi, del principio della flessibilità, la Corte ha ritenuto che l'art. 5 della Direttiva n. 2003/88 debba essere interpretato nel senso che esso non richieda che il periodo minimo di riposo settimanale ininterrotto di 24 ore, cui un lavoratore ha diritto, sia concesso entro il giorno successivo a un periodo di sei giorni di lavoro consecutivi, ma impone che esso sia concesso nell'ambito di ogni periodo di sette giorni».

Detto ciò, sembra utile verificare come la normativa italiana abbia recepito la direttiva europea in esame e come dottrina e giurisprudenza si sono confrontate in proposito.

L'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 66/2003, dispone che «il lavoratore ha diritto ogni sette giorni a un periodo di riposo di almeno 24 ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero di cui all'articolo 7». Questa norma è stata integrata nel 2008 nel senso che verrà di seguito illustrato.

Secondo parte della dottrina (Tiraboschi 2010, 284 ss.), questa norma non aveva accolto quello che è il criterio della flessibilità in materia di orario di lavoro delineato dall'art. 15 della normativa europea di cui si è parlato sopra; ciò non tanto allo scopo di garantire in modo esclusivo la salute e la sicurezza del lavoratore, quanto piuttosto per il divieto di trattamenti normativi *in peius* rispetto alla normativa previgente. Ci si riferisce alla clausola di non regresso, come già accennato precedentemente, disciplinata dall'art. 23 della Direttiva n. 2003/88/Ce, la quale fa carico agli Stati membri di «fissare, alla luce dell'evoluzione della situazione, disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e convenzionali diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati». Tale causa mira a evitare che il recepimento della direttiva possa costituire un paravento per il peggioramento delle tutele interne già vigenti, in quanto la sua attuazione «non può determinare una giustificazione per il regresso generale della protezione»; quindi se ne deduce che gli Stati membri possono concepire una regressione della normativa di tutela in materia di orario di lavoro solo nel rispetto della tutela minima imposta dalla stessa direttiva (Carabelli, Leccese 2005, 8 ss.).

Del resto, sulla questione del riposo settimanale, il ministero del Lavoro, con l'interpello del 1.1.2005, ha precisato che «Quello che [...] l'accordo collettivo non può fare è prevedere un regime ordinario di prolungamento delle giornate lavorative. Va peraltro sottolineato che la possibilità di deroga da parte della contrattazione collettiva deve concernere [...] solo casi eccezionali connessi a oggettive e imprescindibili esigenze aziendali. Inoltre si ricorda che i lavoratori che fruiscono di riposo settimanale dopo sette o più giorni di lavoro continuo hanno diritto, in ogni caso, a un compenso specifico, ulteriore e aggiuntivo rispetto a quello volto a retribuire il lavoro prestato nella giornata di domenica; tale compenso spetta anche in assenza di una previsione al riguardo da parte del contratto collettivo, in base al principio di proporzionalità di cui all'art. 36 Cost.».

Con la modifica apportata dall'art. 41 del d.l. n. 112/2008, il riposo è costituito da 24 ore consecutive, ogni sette giorni di lavoro, di regola coincidenti con la dome-

nica, cumulabili con il riposo giornaliero di 11 ore, calcolato però in media in un periodo non superiore a 14 giorni.

In tal modo è possibile organizzare turni di lavoro in cui le prestazioni lavorative possono svolgersi anche per periodi più lunghi di sei giorni consecutivi, sempre che le ore di riposo siano 48 ogni 14 giorni di calendario (Casotti, Gheidi 2010, 62), e ciò in assenza di limitazioni tipologiche e causali nonché di un rinvio alla disciplina della contrattazione collettiva (Leccese 2014, 346). Tale articolo ha quindi legittimato una maggior flessibilità nella gestione dei riposi giornalieri e settimanali.

Questo ampliamento dei poteri del datore di lavoro, concernente sia la collocazione del riposo in questione, sia il momento in cui realizzare il cumulo tra riposo giornaliero e settimanale, porta a un'analisi inevitabile dei profili di compatibilità del d.l. n. 112/2008 con la Carta costituzionale, e in particolare con l'art. 36, comma 3, il quale recita: «il lavoratore ha diritto al riposo settimanale, e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi» (Ferrante 2014, 40).

Secondo un orientamento dottrinale (Tiraboschi 2010, 286), tale disposizione è coerente con l'art. 36 Cost., il quale garantisce sì il diritto irrinunciabile del lavoratore al riposo settimanale, ma non ne disciplina le modalità. Allo stesso modo, la Consulta ha affermato: «l'art. 36, terzo comma, della Costituzione, col termine "riposo settimanale", intende esprimere sostanzialmente il concetto di periodicità del riposo, nel rapporto di un giorno su sei di lavoro. Poiché, tuttavia, la varietà di qualità e di tipi di lavoro non consente una uniforme disciplina, che, come si è già detto nella precedente sentenza, urterebbe contro gli interessi del mondo del lavoro e degli stessi lavoratori, deve necessariamente ammettersi la legittimità di una periodicità differente da quella sopraindicata a condizione che la relativa disciplina si attenga ai seguenti principi: 1) si tratti di casi di necessità a tutela di altri apprezzabili interessi; 2) non venga snaturato o eluso il rapporto – nel complesso – di un giorno di riposo e sei di lavoro; 3) non vengano superati i limiti di ragionevolezza sia rispetto alle esigenze particolari della specialità del lavoro, sia rispetto alla tutela degli interessi del lavoratore soprattutto per quanto riguarda la salute dello stesso». La Consulta giustifica il ricorso a contratti collettivi, individuali o ai regolamenti con l'esigenza di adattare il riposo settimanale ai lavori di ogni tipo e, quindi, in assenza di una riserva di legge in materia, solo gli atti di cui sopra possono regolamentare il riposo periodico in un panorama che consta di vari e diversificati tipi di lavoro quali lavoratori agricoli ecc. (C. cost. n. 146/1971; C. cost. n. 150/1967).

Questa sentenza calza a pennello per i lavoratori turnisti, come d'altronde l'interpello del ministero del Lavoro n. 26/2011, che opta per la derogabilità del riposo domenicale proprio per il personale turnista: «in merito a tale aspetto questo Ministero, in linea con le direttive europee di riferimento nonché con la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione, ha già avuto modo di chiarire che il principio della coincidenza del riposo settimanale con la domenica è previsto dalla legge ordinaria solo in via tendenziale e non risulta contemplato, invece, da una norma di rango costituzionale».

Nello stesso senso, la Corte di Giustizia della Ue ha affermato che, nonostante una delle finalità della disciplina del riposo settimanale sia quella di tutelare la salute e la sicurezza del lavoratore, la deroga al riposo settimanale domenicale non pregiudica assolutamente tale scopo (C. Giust. n. 94/1996).

Parte della giurisprudenza e della dottrina, tuttavia, insistono sul carattere «qualificato» del riposo domenicale.

La Consulta ritiene che «il riposo settimanale va inteso non solo come diretto alla preservazione e al recupero delle energie psico-fisiche, ma anche come possibilità del lavoratore di dedicarsi e di partecipare adeguatamente alla vita familiare, alla vita sociale e di relazione fruendo dei relativi benefici e adempiendo ai relativi doveri (Artt. 2, 3, comma 2, 31 e 35 Cost.), con riferimento al giorno della domenica indicato e ritenuto comunemente e generalmente giorno di riposo per tutti coloro che lavorano. Pur essendo apprezzabili le ragioni che, per esigenze pubbliche e sociali, richiedono che il lavoro si svolga anche la domenica per alcune attività e per alcuni lavoratori che in esse prestano la loro opera, non si può escludere la caratterizzazione di maggior penosità che assume il lavoro prestato nella domenica sicché esso, in definitiva, viene ad avere una diversa qualità rispetto a quello svolto nei giorni feriali» (C. cost. n. 16/1987).

La Corte di Cassazione, con diverse pronunce, è concorde su tale assunto, insistendo sulla penosità quale caratteristica del lavoro domenicale: «per i lavoratori per i quali il riposo settimanale viene spostato a giornata diversa dalla domenica, il diritto al compenso per la particolare penosità del lavoro domenicale (ancorché con differimento del riposo settimanale in un giorno diverso) può essere soddisfatto, oltre che con supplementi di paga o con specifiche indennità, con l'attribuzione di vantaggi e benefici economici contrattuali di diversa natura, atteso che la penosità del lavoro domenicale può anche essere eliminata o comunque ridotta mediante un sistema di riposi settimanali che, permettendone il recupero in forma continua e concentrata nel tempo, risulti suscettibile di reintegrare compiutamente le energie psicofisiche del lavoratore» (Cass. 22.1.2004, n. 1135).

Sempre secondo l'orientamento dominante della giurisprudenza di legittimità: «È la contrattazione collettiva che, in questi casi, deve prevedere un giusto equilibrio tra le esigenze di flessibilità della prestazione e il rispetto del diritto del lavoratore» (Cass. 29.7.2010, n. 17725; Cass. 28.11.2001, n. 15044; Cass. 1.7.1994, n. 6239; Cass. 18.10.1991, n. 10513, S.U.).

Anche l'orientamento dottrinale maggioritario esprime le proprie perplessità sul rispetto dell'art. 36, comma 3, Cost., ritenendo che ai lavoratori che prestano servizio la domenica spetti, oltre al riposo compensativo infrasettimanale, uno «specifico aumento retributivo [...] o condizioni di trattamento complessivamente più vantaggioso» (Santoro Passarelli 2017, 315).

Ma non solo: l'inapplicabilità dell'art. 9 suddetto al personale mobile *ex* art. 17, comma 6, d.lgs. n. 66/2003, anche se nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, cozza palesemente con l'art. 36, comma 3, Cost., in quanto nessun lavoratore può essere privato del diritto costituzionale al riposo settimanale (C. cost. n. 76/1962, C. cost. n. 146/1971 e C. cost. n. 101/1975).

Inoltre, l'art. 9, comma 2, del medesimo d.lgs., ai fini di evitarne l'illegittimità costituzionale con il disposto costituzionale di cui sopra, va interpretato nel senso che non è comunque consentita la compressione del diritto di 24 ore consecutive di riposo né tantomeno del diritto al non riassorbimento del riposo giornaliero da parte di quello settimanale in tutte le ipotesi disciplinate dal comma 2 dell'articolo stesso (lett. *a*, *b*, *c*, e *d*) (Carabelli, Leccese 2005, 29 ss.).

Riferimenti bibliografici

- Carabelli U., Leccese V. (2005), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impresa/Europa*, n. 2, 539.
- Casotti A., Gheidi M.R. (2010), *Jobs Act e semplificazioni*, Ipsoa, Assago.
- Ferrante V. (2014), *Orario tempo di lavoro. Durata della prestazione, lavoro a tempo parziale, contratti di solidarietà*, Dike, Roma, 40.
- Leccese V. (2014), *Nuove disposizioni in materia di orario di lavoro*, in Fiorillo L, Perulli A., *Rapporto individuale e processo del lavoro*, vol. 2, Giappichelli, Torino, 346 ss.
- Santoro Passarelli G. (2017), *Diritto dei lavori e dell'occupazione (Diritto sindacale, rapporti di lavoro e ammortizzatori sociali)*, Giappichelli, Torino.
- Santucci R. et al. (2008), *Ict e lavoro flessibile. Modelli organizzativi, contrattazione collettiva e autonomia individuale*, Dases, Franco Angeli, Milano.
- Tiraboschi M. (2010), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano.

Elisa Zaccagnini

Praticante abilitata, specializzata in Diritto del lavoro

CORTE COSTITUZIONALE, 6.12.2017, n. 254 – Pres. Grossi, Est. Morelli – H.A. e altri (avv. Cester per T.B.; gli altri non costituiti) c. Elica Spa (non costituita) e Presidente del Consiglio dei ministri (Avv. Stato D'Avanzo).

Appalto – Subfornitura – Decentramento produttivo – Art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 – Legittimità costituzionale – Art. 3 Cost. – Interpretazione costituzionalmente conforme – Possibile – Applicazione analogica – Ammissibile – Norma eccezionale – Non configurabile.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla l. n. 30/2003), sollevata in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost. sulla base dell'errato presupposto ermeneutico secondo cui la garanzia della responsabilità solidale del committente ivi prevista non si estenderebbe anche ai dipendenti del subfornitore. La disposizione denunciata va infatti interpretata in modo costituzionalmente adeguato e coerente agli evocati parametri di riferimento, ovvero nel senso che il committente è obbligato in solido (non solo con l'appaltatore e il subappaltatore, ma) anche con il subfornitore relativamente ai crediti retributivi, contributivi e assicurativi dei dipendenti di questi. (1)

(1) LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE AL DI LÀ DEI CONFINI DELL'APPALTO, FINO ALLA SUBFORNITURA (E OLTRE)

SOMMARIO: 1. Note introduttive. — 2. La questione di legittimità costituzionale e la decisione della Consulta. — 3. Il nodo da sciogliere: l'asserito carattere eccezionale della norma sulla responsabilità solidale del committente. — 4. La solidarietà oltre l'appalto: una tutela costituzionalmente prescritta.

1. — *Note introduttive* — Il ricorso al decentramento produttivo è principalmente espressione di due esigenze organizzative dell'impresa di certo meritevoli di essere tenute in considerazione: quella di risparmio dei costi necessari per organizzare internamente un'attività diversa da quella che costituisce l'oggetto dell'impresa stessa e quella di beneficiare dell'altrui specializzazione nella realizzazione di determinati prodotti o nell'erogazione di certi servizi.

Nell'attuale contesto economico-produttivo è quindi necessario poter affidare all'esterno parti – anche non meramente accessorie – del processo di produzione. Gli schemi giuridici attraverso cui ciò può realizzarsi non sono enumerabili in modo esaustivo. La forma contrattuale più spesso impiegata è sicuramente l'appalto, ma, nel tempo, si è diffuso pure il ricorso a tipologie negoziali (tipiche o a causa mista) che, al pari del primo, permettono all'impresa di commissionare all'esterno l'esecuzione di un'opera o di un servizio. È così che, in punto di tutela dei dipendenti altrui coinvolti

nel decentramento, sono venuti alla luce i limiti dell'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, relativamente al suo ambito di applicazione oggettivo.

Com'è noto, infatti, questa disposizione riferisce testualmente la responsabilità solidale del committente al solo appalto (e all'eventuale subappalto) di opere o di servizi. La funzione della solidarietà, in questo contesto, non è soltanto quella tradizionale di tutela delle ragioni del creditore. A essa si affiancano quella di indurre il committente a vigilare sul corretto adempimento da parte dell'appaltatore dei propri obblighi datoriali nell'esecuzione dell'appalto e, ancora più a monte, quella di incoraggiare gli operatori economici a dar vita a una seria selezione della propria controparte contrattuale basata sull'affidabilità economica (1). La responsabilizzazione del committente, oltre a operare sul piano rimediale, aspira dunque a svolgere un ruolo anche in un'ottica di prevenzione dell'inadempimento e di garanzia della correttezza della concorrenza.

È di tutta evidenza che le medesime esigenze di tutela e garanzia sono presenti anche in quelle ipotesi in cui, per affidare all'esterno una parte del ciclo produttivo, ci si serve di uno schema negoziale diverso dall'appalto. Pure in questi casi, infatti, della prestazione del lavoratore impiegato nell'esecuzione del contratto commerciale si avvantaggia anche l'impresa decentrante, la quale certamente trae un'utilità dall'utilizzo mediato del dipendente altrui. Le ragioni che giustificano la corresponsabilizzazione del committente nell'appalto sembrano sussistere, pertanto, ogniqualvolta – a prescindere dal modello contrattuale impiegato in concreto – il risultato dell'operazione commerciale realizzata tra due imprese è che la prestazione del dipendente di una va indiritamente a vantaggio dell'altra.

Eppure, come detto, la lettera dell'art. 29, c. 2, prevede espressamente che soltanto «in caso di appalto di opere o di servizi» il committente è obbligato in solido con appaltatore ed eventuali subappaltatori per i crediti retributivi, contributivi e assicurativi dei dipendenti di questi impiegati nell'esecuzione dell'appalto stesso.

A questo vuoto di tutela la giurisprudenza, la dottrina e la prassi amministrativa hanno cercato di reagire estendendo, ove possibile, l'interpretazione dell'art. 29, c. 2, fino a ricomprendere nell'ambito di applicazione della norma talune figure contrattuali a causa mista (2), ma anche riqualificando come appalto contratti denominati nei modi più vari, che nella sostanza però rispondevano allo schema dell'art. 1655 c.c. (3). Il pro-

(1) Sul punto, si leggano Mutarelli 2017, 437 ss., Corazza 2004, 252, Izzi 2016, 810 ss., ed *Ead.* 2018, 10 s.

(2) Emblematica in questo senso è la soluzione raggiunta con riferimento al cd. «appalto di servizi di trasporto», che si configura in presenza «di una predeterminazione sistematica dei servizi di trasporto, accompagnata dalla pattuizione di un corrispettivo unitario [...], nel senso che tra le parti sia pianificata l'esecuzione di una serie di trasporti, che assumono il carattere di prestazioni continuative, soggette a una disciplina unitaria, per il cui adempimento il trasportatore-appaltatore deve aver predisposto un'organizzazione di mezzi propri, finalizzato al raggiungimento del risultato complessivo rispondente alle esigenze del committente» (Cass. 14.7.2015, n. 14670, S. III, in *Leggi d'Italia*. Ai dipendenti del vettore impiegati nell'esecuzione di questo contratto a causa mista è stata ritenuta applicabile la garanzia della solidarietà ex art. 29, c. 2. Si vedano, su tutti, C. App. Brescia 14.12.2017, in *www.wikilabour.it*, Mollo 2015, 115 ss., e circolare del ministero del Lavoro, 11.7.2012, n. 17.

(3) Per esempio, in T. Milano 29.11.2007, in *RCDL*, 2008, n. 1, 262 ss., un contratto in-

blema però restava per le forme di decentramento produttivo realizzate attraverso genuini contratti nominati diversi dall'appalto, e la consapevolezza della profonda ingiustizia sostanziale cui un simile assetto normativo dava luogo ha portato pure a interventi del legislatore a carattere casistico (come quello sul contratto di trasporto merci, con l'art. 1, cc. 247 e 248, l. n. 190/2014), i quali, tuttavia, sicuramente non possono essere ritenuti appaganti per la mancanza di una soluzione complessiva della problematica.

È in questo quadro che si inserisce la sentenza della Corte costituzionale in epigrafe. Sebbene il *thema decidendum* riguardasse nello specifico il caso della subfornitura, la motivazione – come si vedrà – contiene considerazioni capaci di produrre delle implicazioni di sistema di assoluto rilievo.

2. — *La questione di legittimità costituzionale e la decisione della Consulta* — A rimettere la questione alla Corte costituzionale è stata la Corte d'Appello di Venezia (4), trovatasi a dover decidere sull'impugnazione proposta contro la sentenza che aveva accertato la responsabilità solidale ex art. 29, c. 2, di una società committente per i crediti retributivi, contributivi e assicurativi dei dipendenti del subfornitore.

Seguendo un ordine logico, il primo passaggio della motivazione dell'ordinanza a venire in rilievo è quello in cui la Corte d'Appello prende posizione nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale concernente la configurazione giuridica della subfornitura.

Secondo un primo orientamento, quello di cui alla l. n. 192/1998 non sarebbe un nuovo tipo negoziale nominato, ma – similmente a quanto avviene in materia di tutela dei consumatori – uno schema trasversale di garanzia riferito a una pluralità di contratti tra imprese (appalto, vendita, somministrazione ecc.) che, in concreto, presentano un'asimmetria di poteri contrattuali secondo le caratteristiche definite dalla legge (all'art. 1) (5). Si tratta di un'impostazione assolutamente non priva di riscontri in giurisprudenza. La Corte di Cassazione, in particolare, ha affermato che il rapporto di subfornitura, «enucleato al fine di dare adeguata tutela [...] alle imprese che lavorino in stato di dipendenza economica rispetto ad altre, [...] è riferibile a una molteplicità di figure negoziali, a volte estremamente eterogenee, da individuarsi caso per caso» (6).

Altra parte di dottrina e giurisprudenza ritiene invece che la l. n. 192/1998 abbia introdotto una figura contrattuale tipica, in quanto tale ulteriore e distinta rispetto a quelle già esistenti (7). A contraddistinguere questo nuovo tipo negoziale sarebbe l'elevato livello d'integrazione del subfornitore nel processo produttivo del committente; «il che non può non implicare l'assoggettamento della prestazione di subfornitura all'osservanza di più o meno penetranti (a seconda della natura della lavorazione e del

quadrato dalle parti come noleggio di stoviglie e posate è stato riqualficato come appalto (con conseguente accertamento della responsabilità solidale del committente) in ragione della ritenuta prevalenza dell'obbligazione di *facere* (consegna, ritiro, detersione, sanificazione e riconsegna del materiale) su quella di *dare*.

(4) C. App. Venezia 16.7.2016, ord., in *Labor*, 2017, n. 1, 99 ss., sulla quale si vedano, *amplius*, Villa 2017a, 102 ss., e Gadaleta 2017, 489 ss.

(5) In questo senso Leccese 2000, 745, Cuffaro 2000, 370 ss., e Roppo 2011, 869.

(6) Cass. 29.5.2008, n. 14431, S. II, in *Leggi d'Italia*. Sembra presupporre l'accoglimento di questo orientamento anche Cass. 25.11.2011, n. 24906, S.U., ord., in *Leggi d'Italia*.

(7) Palazzi 1999, 1 ss., spec. 15 s.

prodotto) direttive tecniche del committente. Quelle stesse direttive tecniche che questi avrebbe dovuto osservare ove avesse optato per mantenere all'interno della propria organizzazione l'intero ciclo di produzione». E sarebbe proprio tale «dipendenza tecnica» a differenziare la subfornitura dall'appalto, considerato che, in quest'ultimo, «l'appaltatore è [invece] chiamato, nel raggiungimento del risultato, a una prestazione rispondente ad autonomia non solo organizzativa e imprenditoriale, ma anche tecnico-esecutiva» (8).

Ebbene, la Corte rimettente si schiera con questo secondo indirizzo interpretativo. La conseguenza è l'inapplicabilità diretta dell'art. 29, c. 2, alla subfornitura, essendo esso – come visto – testualmente riferito solo all'appalto e al subappalto d'opera e di servizi.

Né, a parere del giudice *a quo*, è praticabile il ricorso all'analogia. Infatti, la norma ricavabile dalla disposizione in parola, «introducendo [...] un regime di solidarietà che contrasta con la sinallagmaticità tipica del rapporto di lavoro», è da ritenersi «di stretto diritto», in quanto tale non suscettibile di essere applicata a casi simili e materie analoghe.

È il risultato di questa operazione ermeneutica, oltretutto l'esclusione della subfornitura dall'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 29, c. 2, a condurre la Corte d'Appello a mettere in discussione la conformità di questa disposizione con il dettato dell'art. 3 Cost., «non risultando ragionevole che, nel fenomeno diffuso della esternalizzazione e della parcellizzazione del processo produttivo, i dipendenti del subfornitore siano privati di una garanzia legale di cui, per contro, possono godere i dipendenti di un appaltatore e subappaltatore».

La Corte costituzionale, con la sentenza qui in commento, concorda con il giudice *a quo* su di un punto: il precetto dell'art. 3 Cost. sarebbe violato se la garanzia *ex art.* 29, c. 2, non si estendesse anche a beneficio dei dipendenti del subfornitore. Tuttavia, diversamente dalla Corte d'Appello, la Consulta ritiene che della richiamata disposizione di legge può essere data un'interpretazione che la riconduca nell'area della legittimità costituzionale.

La *ratio decidendi* della pronuncia è contenuta in pochi capoversi. Ciò in quanto, dopo essersi soffermata a dare a sua volta conto del dibattito relativo al corretto inquadramento sistematico della subfornitura, il giudice delle leggi evita di prendere posizione in favore dell'una o dell'altra opzione ermeneutica ritenendo la scelta tra le due irrilevante per la soluzione della questione di legittimità costituzionale. A parere della Corte, infatti, entrambe le letture non sono preclusive dell'estensione della responsabilità solidale del committente *ex art.* 29, c. 2, anche al caso della subfornitura.

In particolare, accogliendo la tesi della subfornitura come schema trasversale di tutela, tale estensione costituirebbe conseguenza diretta della qualificazione del contratto come particolare specie di appalto al quale, in ragione dell'asimmetria contrattuale, si applica anche la disciplina protettiva della l. n. 192/1998.

Invece, considerando la subfornitura come tipo negoziale autonomo, l'applicazio-

(8) Così: Cass. 25.8.2014, n. 18186, S. III, in *Leggi d'Italia*. Similmente: T. Bari 13.7.2006, ord., in *FI*, 2006, n. 10, I, 2934 ss., T. Catania 9.7.2009, ord., in *FI*, 2009, n. 10, I, 2813 ss., T. Modena 14.2.2014, in *DeJure*.

ne del regime della solidarietà anche ai lavoratori impiegati nell'esecuzione di questo contratto potrebbe avvenire per via analogica. Alla prevedibile obiezione secondo cui la norma dell'art. 29, c. 2, avrebbe natura eccezionale (9) e sarebbe pertanto insuscettibile di applicazione oltre i casi in essa considerati (art. 14 disp. prel. c.c.), la Consulta replica che «l'eccezionalità della responsabilità del committente è tale rispetto alla disciplina ordinaria della responsabilità civile – che esige di correlarsi alla condotta di un soggetto determinato –, ma non lo è più se riferita all'ambito, ove pur distinto, ma comunque omogeneo in termini di lavoro indiretto, dei rapporti di subfornitura».

Tenuto conto della *ratio* della previsione della responsabilità solidale del committente – cioè «evitare il rischio che i meccanismi di decentramento, e di dissociazione fra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione, vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale» –, dal disposto dell'art. 3 Cost. discende che «la tutela del soggetto che assicura una attività lavorativa indiretta non può non estendersi a tutti i livelli del decentramento»; quindi anche, ma – pare – non solo, alla subfornitura, in cui «le esigenze di tutela dei dipendenti dell'impresa subfornitrice, in ragione della strutturale debolezza del loro datore di lavoro, sarebbero da considerare ancora più intense e imprescindibili che non nel caso di un “normale” appalto».

Insomma, indipendentemente da quale delle due opzioni ermeneutiche si prediliga per l'inquadramento sistematico della subfornitura, la Consulta reputa possibile una lettura costituzionalmente adeguata dell'art. 29, c. 2; circostanza, questa, che impone il rigetto della questione di legittimità costituzionale. Ad apparire però veramente molto significativa, al di là della soluzione offerta per il caso specifico della subfornitura, è la laconica affermazione – di portata evidentemente sistematica – secondo la quale l'art. 3 Cost. esige che la responsabilità solidale del committente si estenda «a tutti i livelli del decentramento». È questo un passaggio che apre scenari interpretativi interessanti che occorre sondare attentamente, non prima, però, di aver esaminato talune criticità della pronuncia in commento.

3. — *Il nodo da sciogliere: l'asserito carattere eccezionale della norma sulla responsabilità solidale del committente* — Una questione è certa: è assolutamente condivisibile l'affermazione secondo cui sarebbe irragionevole, e pertanto costituirebbe una violazione dell'art. 3 Cost., l'esclusione dei dipendenti del subfornitore dalla garanzia della responsabilità solidale del committente riconosciuta invece ai lavoratori dell'appaltatore e del subappaltatore. La solidarietà *ex* art. 29, c. 2, deve quindi riguardare anche la subfornitura.

L'esito sostanziale della sentenza della Consulta, cioè l'estensione di quella tecnica di tutela dei crediti lavorativi anche alla fattispecie di cui all'art. 1, l. n. 192/1998, non è pertanto discutibile. Ciò che desta più di una perplessità è l'*iter* argomentativo seguito per giungere a questo risultato (10).

Il punto che rivela maggiori criticità è evidentemente quello in cui, per superare il

(9) Si è visto come già l'ordinanza di rimessione avesse escluso il ricorso all'analogia in virtù dell'asserito carattere eccezionale della norma sulla responsabilità solidale del committente per i crediti lavorativi dei dipendenti dell'appaltatore.

(10) Concorda sul punto Sitzia (2018, 268).

problema dell'inquadramento sistematico della subfornitura e rendere irrilevante (per la soluzione della questione di costituzionalità) l'opzione tra i due contrapposti orientamenti, viene escluso il carattere eccezionale della previsione dell'art. 29, c. 2. Da questo assunto – come si è visto – è fatto discendere che, anche qualora si reputasse la subfornitura un tipo contrattuale autonomo al quale dunque non potrebbe applicarsi in modo diretto quella disposizione, la lacuna assiologica (11) che così si verrebbe a creare potrebbe essere colmata ricorrendo all'*analogia legis*.

La base giuridica di questa impostazione appare però ricostruita dalla Corte in modo quantomeno sbrigativo. Prevale, in dottrina (12) come in giurisprudenza (13), la tesi che qualifica come eccezionale la norma dell'art. 29, c. 2, e che dunque ne vieta l'applicazione oltre i casi in essa considerati. Pertanto, la confutazione di questo orientamento avrebbe meritato una trattazione ben più approfondita dell'apodittica considerazione secondo la quale la natura eccezionale della responsabilità solidale del committente verrebbe meno «se riferita all'ambito, ove pur distinto, ma comunque omogeneo in termini di lavoro indiretto, dei rapporti di subfornitura».

L'osservazione della struttura del rapporto obbligatorio cui dà vita l'art. 29, c. 2, rivela che la fonte dell'obbligazione del committente non è, come per l'appaltatore, il contratto di lavoro, ma va piuttosto individuata nelle conseguenze che una norma di legge ricollega alla stipulazione del contratto d'appalto (14). In generale, per il diritto delle obbligazioni, la mancanza di una *eadem causa obligandi* esclude la presenza di un «condebito». Quando ciò avviene, l'operare della solidarietà passiva, non potendo discendere in modo automatico dall'art. 1294 c.c. (15), è possibile solo per effetto di una specifica previsione di legge. In altre parole, mentre al cospetto di un condebito si ha una «presunzione di solidarietà» (art. 1294 c.c.), più debitori per cause diverse di una stessa prestazione possono essere tenuti in solido soltanto qualora lo stabilisca «tassativamente [...] ipotesi per ipotesi» (e quindi in via d'eccezione), un'apposita norma di legge (16). Si parla, in questo secondo caso, di «obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo» (17), nel cui novero deve farsi rientrare – in considerazione dell'inesistenza

(11) Per Guastini (2011, 134 ss.), rientrano nel novero delle «lacune assiologiche» anche le ipotesi in cui, in violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., «il legislatore, nel disciplinare una data classe di fattispecie, ha omesso di disciplinare nello stesso modo un'altra classe di fattispecie, ritenuta dall'interprete "sostanzialmente" eguale alla prima».

(12) Imberti 2011, 78, Ferrante, Bricchi 2012, 483 s., Izzi 2013, 646, Cassar 2014, 52, Alvino 2014, 43 s., Gadaleta 2017, 492, Sitzia 2018, 264 ss. *Contra*, Gamberini 2012, 1067 s., Carinci 2013, 176 s., Garofalo 2017, 32 s., Villa 2017a, 107, ed *Ead.* 2017b, 244 ss.

(13) C. App. Venezia 16.7.2016, cit., T. Milano 16.11.2005, in *LG*, 2006, n. 10, 1025 ss., e T. Milano 5.2.2015, T. Monza 7.4.2015, T. Genova 9.3.2016, tutte quante in *Leggi d'Italia*.

(14) Sulla base dell'art. 1374 c.c., «il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità» (cfr. Villa 2017b, 62 s.).

(15) «I condebitori sono tenuti in solido se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente».

(16) Cfr. Busnelli 1974, 90 ss.

(17) Si parla di solidarietà a interesse unisoggettivo perché l'obbligazione risponde all'interesse di uno o di alcuni dei debitori. L'esempio tipico è quello della fideiussione, in cui solo il debitore principale (e non anche il fideiussore) ha un interesse verso l'obbligazione.

di un'*eadem causa obligandi* e pertanto di un condebito – anche la solidarietà tra committente e appaltatore per i crediti retributivi, contributivi e assicurativi dei dipendenti del secondo (18).

La chiusura del sillogismo (19) porterebbe dunque a ritenere quella dell'art. 29, c. 2, una norma eccezionale, facendo essa scaturire dalla stipulazione del contratto d'appalto una corresponsabilizzazione del committente per dei debiti di cui normalmente (cioè senza quella previsione) dovrebbe rispondere il solo appaltatore/datore di lavoro (20).

Senza mettere in discussione queste premesse, la soluzione alla questione di legittimità costituzionale sarebbe potuta passare per due strade.

Si sarebbe potuto dar seguito a quell'orientamento che accoglie una definizione di «contratto di appalto» ex c. 2 dell'art. 29 diversa, perché più ampia, da quella cui si riferisce il c. 1. In particolare, secondo questa impostazione, la disposizione in parola, al suo c. 1, preciserebbe i confini dell'appalto genuino per distinguerlo dalla somministrazione di lavoro, mentre, al c. 2, introdurrebbe una forma di tutela per i lavoratori adibiti a un «appalto» «latamente inteso» (21), cioè comprensivo di tutte le figure specifiche in cui si declina la categoria generale di questo contratto accomunate dalla medesima esigenza di protezione di quei lavoratori che svolgono una prestazione di cui beneficia indirettamente anche la controparte contrattuale del proprio datore (22). In altre parole, l'art. 29, c. 2, si riferirebbe a una nozione di «contratto di appalto» valida a fini di tutela dei lavoratori ben più ampia di quella richiamata dal c. 1 e tipizzata in ambito civilistico; nozione nella quale certamente rientrerebbe anche il contratto di subfornitura (indipendentemente dalla soluzione adottata relativamente al suo inquadramento sistematico).

Quella appena descritta è un'opzione ermeneutica che certamente valorizza la specialità del diritto del lavoro, ma che sembra però forzare oltre il plausibile la lettera della disposizione facendo affidamento su di una lettura teleologica che non è in nessun modo suggerita dal legislatore.

Una seconda via che la Corte avrebbe potuto percorrere (senza implicare la revisione degli approdi di dottrina e giurisprudenza maggioritarie circa l'eccezionalità della responsabilità solidale del committente) è quella più radicale della decisione di accoglimento. Constatata l'impraticabilità di interpretazioni costituzionalmente adeguate dell'art. 29, c. 2, avrebbe potuto pronunciare una sentenza additiva, dichiarando illegittima la disposizione «nella parte in cui non» riconosce la stessa tutela prevista per l'appalto e il subappalto nell'ipotesi della subfornitura. Il vantaggio di una simile soluzione sarebbe stato rappresentato dall'efficacia *erga omnes* di questo tipo di pronunce. Viceversa, le sentenze interpretative di rigetto – nel cui ambito va fatta

(18) Cfr. Villa 2017b, 62 s.

(19) Premessa maggiore: le norme che introducono le obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo sono eccezionali. Premessa minore: la solidarietà ex art. 29, c. 2, è a interesse unisoggettivo.

(20) Cfr. Sitzia 2018, 266.

(21) Mollo 2015, 119 ss.

(22) Cfr. C. App. Brescia 11.5.2016, in *ADL*, 2016, n. 4-5, II, 1033 ss., su cui si veda il commento adesivo di Tagliente 2016, 1041.

rientrare la sentenza in commento – sono prive di valore formalmente e direttamente vincolante in generale, sebbene siano naturalmente dotate di un considerevole valore persuasivo (23).

La Consulta ha invece ravvisato una possibile interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 29, c. 2; circostanza che le ha precluso l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale. L'opzione in favore dell'applicabilità per analogia della responsabilità solidale del committente anche alla subfornitura (e oltre) si rivela insidiosa o quantomeno problematica, perché – come detto – implica la smentita dell'indirizzo prevalente che considera eccezionale la norma riferita all'appalto e al subappalto. Ciò non significa che non siano identificabili elementi a sostegno di una simile lettura; già una parte minoritaria della dottrina ha recentemente addotto argomenti convincenti in questo senso (24). Quello che si intende dire rimarcando la complessità della questione è che la Corte avrebbe dovuto motivare più diffusamente le ragioni del proprio approdo, anche allo scopo di meglio chiarire la portata delle ricadute pratiche dello stesso.

E invece, all'obiezione secondo cui l'applicazione analogica della norma dell'art. 29, c. 2, sarebbe vietata dall'art. 14 disp. prel. c.c., la Consulta – come si è visto – replica telegraficamente che «l'eccezionalità della responsabilità del committente è tale rispetto alla disciplina ordinaria della responsabilità civile – che esige di correlarsi alla condotta di un soggetto determinato –, ma non lo è più se riferita all'ambito, ove pur distinto, ma comunque omogeneo in termini di lavoro indiretto, dei rapporti di subfornitura».

Da questa affermazione sembra di potersi inferire che la Corte abbia voluto distinguere tra norma eccezionale e diritto speciale. Parlando in generale, può dirsi che mentre entrambi rappresentano un *aliud* rispetto al diritto comune, solo il secondo «presuppone [...], in linea di principio, un ambiente nel quale si vive secondo propri principi e regole» capaci di costituire «un *sistema* che può – a sua volta – [...] comprendere elementi sia di diritto comune, sia di diritto speciale [...], sia di diritto eccezionale» (25).

Carattere fondamentale del diritto speciale (e non delle norme eccezionali) è dunque la possibilità di ricondurre a sistema le previsioni che lo compongono (26). Ed è

(23) Cfr. Zagrebelsky, Marcenò 2012, 383.

(24) Garofalo (2017, 32 s.) e Carinci (2013, 176 s.) sembrano fare della trasformazione della solidarietà (nell'ambito del decentramento produttivo) da eccezione in regola una questione meramente quantitativa. Per il primo, tante e tali sono oramai le norme che la prevedono per le varie ipotesi di utilizzazione indiretta del lavoro che non è più possibile parlare di una forma di tutela eccezionale. La seconda ricava questa medesima conclusione dall'ampiezza con cui la giurisprudenza ha fatto applicazione dell'art. 29, c. 2. Invece, secondo Villa (2017b, 238 ss.), la tesi dell'eccezionalità è superata in quanto nell'ordinamento lavoristico esiste «un “sistema” di responsabilità solidali “a geometria variabile”, nel quale il vincolo solidale fra i soggetti coinvolti è tanto più esteso e intenso, quanto più diviene “promiscua” la gestione dei rapporti di lavoro fra gli stessi».

(25) Così, Quadri 1974, 302 ss.

(26) Afferma Irti (1979, 145) che non è possibile parlare di «mono-sistema», «correlativo alle strutture del codice civile», ma di «poli-sistema», «come quadro d'insieme, o cornice di principi, in cui si iscrive una pluralità di micro-sistemi e di logiche di settore». Insomma, «il

questa la ragione per cui con riferimento a esso non trova applicazione il divieto di analogia.

Tornando al tema di cui si sta trattando, in effetti, non sembra che vi siano ostacoli alla considerazione della tutela del lavoratore nel decentramento produttivo come un sistema incentrato sulla corresponsabilizzazione, quanto ai crediti lavorativi, di colui che si avvantaggia indirettamente della prestazione del dipendente altrui (27). Si tratta infatti di un principio che, tenuto conto dei riferiti orientamenti giurisprudenziali (28) e dei ripetuti interventi normativi in senso espansivo (29), opera oggi per moltissime forme di decentramento produttivo, anche se secondo modalità differenti tra un caso e l'altro.

Se così è – se cioè il vincolo solidale per i crediti lavorativi rappresenta un principio su cui si fonda il meccanismo di tutela nel cd. lavoro indiretto –, la norma dell'art. 29, c. 2, non può essere considerata eccezionale, essendo essa ascrivibile a un microsistema – quello della protezione del lavoro nell'ambito del decentramento produttivo – che si regge su regole (parzialmente) differenti da quelle proprie del diritto comune.

Sorge però spontanea una domanda: perché dovrebbe essere proprio quella dettata per l'appalto e il subappalto (e non, per esempio, quella in materia di trasporto merci per conto terzi) (30) a essere considerata regola generale e, pertanto, a essere applicata

codice civile è soltanto una parte del sistema (o poli-sistema) del diritto privato, che vede al centro la Costituzione e di qui irradiarsi un fascio di nuclei legislativi».

(27) Come sottolineato da autorevole dottrina (Garofalo 2017, 33), «la responsabilità solidale è divenuta oramai un principio immanente nell'ordinamento lavoristico al pari del divieto di interposizione, operante tutte le volte in cui non ricorra quest'ultimo fenomeno; sarebbe, quindi, il rovescio della medaglia dell'interposizione nel senso che in qualsiasi fenomeno di decentramento opererebbe nelle manifestazioni fisiologiche la responsabilità solidale e in quelle patologiche l'interposizione vietata»; sulla perdurante vigenza del divieto di interposizione si leggano, tra i tanti, Del Punta (2008, 129 ss.) e Garofalo (2017, 22 ss.). Ed è proprio su questi due principi che si regge l'intero sistema della tutela del lavoratore nell'ambito del decentramento produttivo.

(28) Il richiamo è a quella giurisprudenza che ricomprende nell'ambito di applicazione dell'art. 29, c. 2, sia alcuni negozi a causa mista (come l'appalto di servizi di trasporto), sia contratti denominati in altro modo dalle parti ma che sono sussumibili nello schema dell'art. 1655 c.c.

(29) La responsabilità solidale di chi, nell'ambito dell'esecuzione di un contratto commerciale, si avvantaggia indirettamente della prestazione del lavoratore altrui è oggi prevista dalla legge per numerose fattispecie: oltre ad appalto e subappalto, si ha nella somministrazione di lavoro (art. 35, c. 2, d.lgs. n. 81/2015), nel trasporto (art. 1, cc. 247 e 248, l. n. 190/2014), nel distacco transnazionale in favore di un distaccatario sito in Italia (art. 4, c. 4, d.lgs. n. 136/2016), nel subappalto in cui il subcommittente è l'aggiudicatario di un appalto pubblico (art. 105, c. 8, d.lgs. n. 50/2016), nell'appalto tra alienante e acquirente di ramo d'azienda da eseguirsi utilizzando quest'ultimo (art. 2112, c. 6, c.c.).

(30) L'art. 1, c. 248, l. n. 190/2014, andando a modificare l'art. 83-*bis*, d.l. n. 112/2008 (conv. in l. n. 133/2008), ha stabilito che il committente è tenuto a verificare, prima della stipulazione del contratto di trasporto, che il vettore sia in regola con gli obblighi lavorativi verso i propri dipendenti: ciò mediante l'acquisizione del Durc e, dal momento dell'attivazione di un apposito portale internet del Comitato centrale per l'albo nazionale delle persone fisiche e giuridiche che esercitano l'autotrasporto, accedendo a questo e scaricando la qualificazione di regolarità del vettore. Solamente nel caso in cui non esegua questa verifica, il committente «è obbligato in solido con il vettore, nonché con ciascuno degli eventuali sub-vettori, entro il limite

analiticamente all'ipotesi della subfornitura? La risposta risiede nell'ampiezza dello schema causale del contratto d'appalto, caratterizzato da «un *facere* nell'interesse e sotto le direttive del committente» (31), che consente di identificare in questo tipo il modello più generale per l'affidamento all'esterno di prestazioni di fare (32).

4. — *La solidarietà oltre l'appalto: una tutela costituzionalmente prescritta* — A giudizio della Corte costituzionale l'applicazione analogica dell'art. 29, c. 2, alla subfornitura non è soltanto ammessa, ma è pure imposta dal precetto dell'art. 3 Cost. Anzi, la Consulta pare estendere il ragionamento anche oltre il rapporto di cui alla l. n. 192/1998, giungendo a sostenere che «la tutela [attraverso la solidarietà] del soggetto che assicura una attività lavorativa indiretta non può non estendersi a tutti i livelli del decentramento».

Una simile statuizione costituisce quindi un «robustissimo appiglio» (33) per l'applicazione dell'art. 29, c. 2 – attraverso il ricorso alla tecnica dell'analogia –, a ogni caso di lavoro indiretto prestato nel contesto dell'esecuzione di un contratto tra imprese avente a oggetto (in misura prevalente) un *facere* (34). Questo a meno che – si può ritenere – non sia diversamente stabilito dalla legge: o con una disciplina specifica per un certo tipo contrattuale (come succede, ad esempio, per il trasporto merci per conto terzi), o in virtù di un'esplicita esclusione della solidarietà in riferimento a determinate fattispecie (come avviene quando il committente è una pubblica amministrazione); esclusione che dovrà comunque essere rispettosa del canone della ragionevolezza *ex* art. 3 Cost.

Questo risultato interpretativo è l'esito della valorizzazione da parte della Corte dell'esigenza di tutela dei lavoratori impiegati nell'ambito di processi di decentramento produttivo che diano luogo a una dissociazione (anche parziale) tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione. Ogniqualvolta si manifesti questa esigenza, deve riconoscersi al lavoratore la garanzia della responsabilità solidale del beneficiario indiretto della prestazione lavorativa, a prescindere dalla forma contrattuale, tipica o atipica, nella quale è inquadrato il rapporto tra le imprese.

di un anno dalla cessazione del contratto di trasporto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi agli enti competenti, dovuti limitatamente alle prestazioni ricevute nel corso della durata del contratto di trasporto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni amministrative di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento». Il c. 247 estende poi la responsabilità solidale anche al vettore (in caso di subtrasporto) e al subvettore (qualora questi, a sua volta, affidi ad altro vettore l'esecuzione della prestazione di trasporto in violazione dello specifico divieto). È evidente, insomma, come il regime della solidarietà previsto per il trasporto merci per conto terzi sia profondamente diverso da quello disposto per l'appalto di opere o di servizi.

(31) Cuffaro 2000, 368.

(32) In questo senso anche Villa 2017b, 247 s.

(33) L'espressione è di Izzi 2018, 59.

(34) Sebbene anche in contratti aventi a oggetto un *dare* (come la vendita o la somministrazione) sia rinvenibile una forma molto attenuata di lavoro indiretto, è chiaro che per questi casi non potrà ricorrersi all'applicazione analogica. Difatti, quest'ultima può avvenire solo in relazione a «casi simili e materie analoghe» (art. 12 disp. prel. c.c.), e i negozi ai quali si riferisce l'art. 29, c. 2 (appalto e subappalto), hanno a oggetto un *facere*.

La soluzione adottata dalla Consulta risolve quindi in radice ogni incertezza circa l'estensione dell'area di applicazione oggettiva dell'art. 29, c. 2, avvalorando quella giurisprudenza che aveva impiegato questa disposizione anche in relazione a forme contrattuali atipiche a causa mista e dando fondamento all'operatività del vincolo solidale ivi previsto anche con riferimento a istituti per i quali nulla è stabilito in proposito. Nel primo senso, è utile richiamare una sentenza del Tribunale di Milano che proprio nella pronuncia qui in commento ha trovato la conferma decisiva del proprio convincimento circa l'applicabilità dell'art. 29, c. 2, a tutela dei crediti di una lavoratrice impiegata nell'esecuzione di un contratto denominato «di *partnership*» dalle imprese stipulanti (35). Quanto al secondo punto, invece, può osservarsi come si è mossa la prassi amministrativa successivamente alla pubblicazione della sentenza. L'Ispettorato nazionale del lavoro ha infatti diffuso una circolare in cui si è affermato che «l'interpretazione della Corte spiega effetti sulle ipotesi di distacco *ex art.* 30, d.lgs. n. 276/2003, e del distacco di cui al d.lgs. n. 136/2016, comportando l'applicazione dell'art. 29, c. 2, tra società estera distaccante e società utilizzatrice in Italia, non soltanto nei casi in cui la prestazione di servizi sia riconducibile a una filiera di appalto/subappalto, ma anche laddove la stessa consista in altre operazioni commerciali» (36).

Questi elementi attestano pertanto l'assoluta rilevanza della pronuncia in esame. La soluzione raggiunta, prevedibile con riguardo alla subfornitura, proietta invece in modo inaspettato la sua luce su tutto il mondo del decentramento produttivo e dell'impresa integrata, riconoscendo la garanzia della solidarietà a tutte le fattispecie che si caratterizzano per la stessa esigenza di tutela che sta alla base del disposto dell'art. 29, c. 2, e, dunque, in fondo, per un'identità di *ratio* rispetto a quest'ultimo.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2014), *L'appalto e i suoi confini*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esterneizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 5 ss.
- Busnelli F.D. (1974), *L'obbligazione soggettivamente complessa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano.
- Carinci M.T. (2013), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, III ed., Giappichelli, Torino.
- Cassar S. (2014), *Il sistema delle tutele del lavoro nell'appalto tra politiche del diritto e scelte organizzative*, Giappichelli, Torino.
- Corazza L. (2004), «Contractual integration» e rapporti di lavoro, Cedam, Padova.

(35) T. Milano 2.5.2018, in www.wikilabour.it. Il contratto di *partnership*, a dire del Tribunale, è «riconducibile alla nozione di contratto misto, nel quale concorrono gli elementi di più negozi tipici che si fondono in un'unica causa. [In particolare] sono rinvenibili elementi causali propri del negozio di trasferimento dei diritti di utilizzazione di marchio, brevetto, diritti di proprietà industriale e intellettuale ed elementi causali propri dell'appalto».

(36) Circolare dell'Ispettorato nazionale del lavoro 29.3.2018, n. 6.

- Cuffaro V. (2000), *Art. 1. Definizione*, in Lipari N. (a cura di), *Legge 18 giugno 1998, n. 192. Commentario*, in *NLC*, n. 1-2, 366 ss.
- Del Punta R. (2008), *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, n. 2, I, 129 ss.
- Ferrante V., Bricchi M. (2012), *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in *RGL*, n. 3, II, 463 ss.
- Gadaleta F. (2017), *Sulla possibile incostituzionalità dell'art. 29 del decreto legislativo n. 276/2003: quando l'incertezza sulla nozione di appalto ai fini del diritto del lavoro lede i diritti dei lavoratori di un'impresa in subfornitura*, in *DRI*, n. 2, 489 ss.
- Gamberini G. (2012), *Ai confini della certificazione dei contratti: la subfornitura industriale*, in *DRI*, n. 4, 1055 ss.
- Garofalo D. (2017), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione al convegno Aidlass, «Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi», Cassino, 17-18 maggio 2017.
- Guastini R. (2011), *Interpretare e argomentare*, in Cicu A *et al.* (già diretto da), Schlesinger P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano.
- Imberti L. (2011), *Il trattamento economico e normativo*, in Carinci M.T. *et al.* (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino, 63 ss.
- Irti N. (1979), *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *RDC*, n. 2, I, 141 ss.
- Izzi D. (2013), *La responsabilità solidale negli appalti: una tutela in declino?*, in *DLM*, 2013, n. 3, 635 ss.
- Izzi D. (2016), *La promozione della regolarità negli appalti attraverso la responsabilità solidale per i crediti da lavoro: sperimentazioni concluse e in corso*, in *ADL*, n. 4-5, I, 810 ss.
- Izzi D. (2018), *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, Torino.
- Leccese R. (2000), voce *Subfornitura*, in *DDPComm.*, *Aggiornamento*, Utet, Torino, 744 ss.
- Mollo M. (2015), *Articolo 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 e contratto di trasporto: una deroga discutibile*, in *ADL*, n. 1, I, 113 ss.
- Mutarelli M.M. (2017), *Vicende e prospettive della responsabilità solidale del committente quale tecnica di regolazione del mercato*, in *RGL*, n. 3, I, 434 ss.
- Palazzi M. (1999), *Il contratto di subfornitura: nozioni e distinzioni*, in Sposato P., Coccia M. (a cura di), *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, Giappichelli, Torino, 1 ss.
- Quadri R. (1974), *Dell'applicazione della legge in generale. Artt. 10-15*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna.
- Roppo V. (2011), *Il contratto*, in Iudica G., Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Giuffrè, Milano.
- Sitzia A. (2018), *Subfornitura e responsabilità solidale: ratio legis e «lavoro indiretto» secondo la Consulta. Il commento*, in *LG*, n. 3, 261 ss.
- Tagliente A. (2016), *Il rapporto di subfornitura tra elementi tipici e derivati dall'appalto: la questione della responsabilità solidale*, in *ADL*, n. 4-5, II, 1037 ss.

- Villa E. (2017a), *Considerazioni sulla non applicabilità dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 alla subfornitura*, in *Labor*, n. 1, 102 ss.
- Villa E. (2017b), *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, Bononia University Press, Bologna.
- Zagrebelsky G., Marcenò V. (2012), *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna.

Giovanni Calvellini
*Dottore di ricerca in Scienze giuridiche
presso l'Università di Siena*

I

CASSAZIONE, 8.3.2018, n. 5523 – Pres. Bronzini, Est. Marchese, P.M. Ceroni (conf.) – Telecom Italia Spa (avv.ti Maresca, Boccia, Romei, Morrico) c. S.D. (avv.ti Piccini, Lanza).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 14.10.2015.

Licenziamento individuale – Comunicazione – E-mail priva di firma elettronica – Efficacia probatoria – Natura di scrittura privata ex art. 2702 c.c. – Esclusione – Fondamento – Conseguenze.

In tema di efficacia probatoria dei documenti informatici, il messaggio di posta elettronica (cd. e-mail) privo di firma elettronica non ha l'efficacia della scrittura privata prevista dall'art. 2702 c.c. quanto alla riferibilità al suo autore apparente, attribuita dall'art. 21 del d.lgs. n. 82 del 2005 solo al documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, sicché esso è liberamente valutabile dal giudice, ai sensi dell'art. 20 del medesimo decreto, in ordine all'idoneità a soddisfare il requisito della forma scritta, in relazione alle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immutabilità. (1)

II

CASSAZIONE, 12.12.2017, n. 29753 – Pres. Nobile, Est. Spena, P.M. Celentano (conf.) – P.A. (avv.ti Abiati, Annunziata) c. Cargolux Italia Spa (avv. Neri).
Conf. Corte d'Appello di Brescia, 12.3.2015.

Patto di prova – Licenziamento – Comunicazione scritta – Non sussiste – E-mail priva di firma elettronica – Legittimità.

Per il licenziamento intimato durante il periodo di prova non è richiesto per legge l'atto scritto. In ogni caso, il requisito della comunicazione per iscritto del licenziamento deve ritenersi assolto, in assenza della previsione di modalità specifiche, con qualunque modalità che comporti la trasmissione al destinatario del documento scritto nella sua materialità, ivi compresa la comunicazione a mezzo e-mail. (2)

(1-2) SULLA VALENZA PROBATORIA DELLE E-MAIL
PRIVE DI FIRMA ELETTRONICA

1. — Superati i tempi della tradizionale raccomandata con ricevuta di ritorno, rispetto alla quale non si poneva alcun problema in ordine alla sua provenienza o alla

prova dell'avvenuta ricezione, l'era digitale costringe la giurisprudenza a intervenire per verificare la validità di forme alternative di comunicazione e della loro efficacia probatoria. Le due sentenze in epigrafe permettono di analizzare le problematiche emergenti in questo contesto, con particolare riferimento alla e-mail tradizionale ossia, con termine tecnico, attraverso il documento informatico firmato con firma «debole» (non elettronica, avanzata o digitale), con le quali anche le parti del rapporto di lavoro sono ormai costrette a confrontarsi.

Nel primo caso, la Cassazione ritiene illegittimo il licenziamento intimato a un lavoratore, a seguito della contestazione di una condotta irregolare nello svolgimento della propria attività lavorativa fondata su messaggi di posta elettronica, ritenuti di dubbia valenza probatoria.

Nel secondo, relativo a un licenziamento intimato durante il periodo di prova, la Cassazione afferma che il requisito della comunicazione per iscritto del licenziamento deve ritenersi assolto, in assenza della previsione di modalità specifiche, in ogni modo, e quindi anche attraverso una semplice e-mail (Così T. Torino 23.7.2014, in *Nuovo Notiziario Giuridico*, 2015, n. 1, 85; T. Torino 20.5.2010, inedita a quanto consta; Cass. 16.1.2006, n. 758, in *RIDL*, 2006, II, 625; Cass. 26.8.2002, n. 12529, in *GCM*, 2002, 1581).

A prima vista, le due decisioni sembrerebbero aderire a due impostazioni contrapposte poiché, nel primo caso, la comunicazione tramite e-mail non è ritenuta idonea a dimostrare l'inadempimento del lavoratore, mentre, nel secondo caso, la stessa è considerata, al contrario, un valido strumento per la comunicazione del licenziamento.

L'esame dei casi concreti attenua l'apparente contrasto, anche se non può non evidenziarsi come sul tema della valenza probatoria delle e-mail «semplici» non sia stato a tutt'oggi posto un punto fermo.

Come noto, l'e-mail è un «documento informatico», definito dall'art. 1, comma 1, lett. p, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 – c.d. Codice dell'amministrazione digitale (Cad) –, come «il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti». Si tratta, pertanto, di una riproduzione informatica, anche se priva della sottoscrizione, rientrante, ai sensi dell'art. 2712 c.c., nel più ampio *genus* delle riproduzioni meccaniche che, secondo la norma codicistica citata, formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime (Comoglio 2015, 513 ss.; Romano 2013, 3048; Rota 2012, 728; in giurisprudenza, cfr.: Cass. 17.2.2015, n. 3122, in *GDir.*, 2015, n. 12, 63; Cass. 28.1.2011, n. 2117, in *GCM*, 2011, n. 1, 140; Cass. 16.2.2004, n. 2912, in *GI*, 2004, 1355; Cass. 6.9.2001, n. 11445, in *GC*, 2001, I, 2330; Cass. 22.12.1997, n. 12949, in *GCM*, 1997, 2422).

La disciplina normativa di riferimento, di recente modificata, prevede espressamente che il documento informatico soddisfi il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c. quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata, o comunque è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agid ai sensi dell'articolo 71 Cad, con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore; viceversa, in tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore pro-

batorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità (art. 20, c. 1-*bis*, d.lgs. 7.3.2005, n. 82, come modificato dall'art. 20, c. 1, del d.lgs. 13.12.2017, n. 217).

Sulla valenza probatoria delle e-mail «semplici» la giurisprudenza è divisa. Da un lato, vi è chi ritiene che l'e-mail sia da considerarsi quale semplice documento informatico privo di firma in considerazione dell'assenza di garanzie che consentano di attribuire allo stesso una paternità certa – a nulla rilevando il dispositivo di riconoscimento tramite *password* per l'accesso alla posta elettronica poiché quest'ultimo serve solo all'utente per farsi riconoscere dal fornitore del servizio telematico al fine di utilizzare il sistema di inoltra e ricezione delle comunicazioni –, essendo privo della necessaria connessione logica con i dati elettronici che costituiscono il messaggio. Secondo tale orientamento, le e-mail formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate solo se colui contro il quale sono prodotte non le contesta tempestivamente, disconoscendone la conformità ai fatti o alle cose medesime; se ciò accade, la comunicazione è priva di ogni valore legale (T. Frosinone 15.2.2016, in *LPO*, 2016, 472; T. Roma 20.12.2013, in *Giustiziacivile.com*, 20 marzo 2014).

Secondo un differente orientamento, invece, l'e-mail è da considerare, a tutti gli effetti, un documento informatico sottoscritto con firma elettronica semplice, come tale liberamente valutabile dal giudice sia in ordine all'idoneità della medesima a soddisfare il requisito della forma scritta, sia per ciò che concerne il suo valore probatorio, comunque mai giuridicamente irrilevante (In questo senso: T. Milano 18.10.2016, in *RCP*, 2017, n. 4, 1340; T. Roma 3.6.2016, in *Redazione Giuffrè*; T. Torino 23.12.2016 e T. Vicenza 22.11.2016, in *Ilprocessotelematico.it*, 3 febbraio 2016; T. Novara 20.11.2004, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 141). Per tale via, la giurisprudenza ha riconosciuto valenza probatoria alle e-mail al fine di emettere decreti ingiuntivi (Così T. Termini Imerese 22.2.2015, inedita a quanto consta; T. Ancona 9.4.2005, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 377; T. Verona 26.11.2005, in *Giurisprudenza di Merito*, 2005, n. 10, 2129; T. Cuneo 15.12.2003, in *Giurisprudenza di Merito*, 2005, n. 3, 560) o, più di recente, ha ritenuto gli scambi di e-mail valide prove del tradimento tali da giustificare una sentenza di separazione con addebito a carico del coniuge fedifrago (Cass. 27.6.2018, n. 16980, inedita a quanto consta; Cass. 23.6.2017, n. 15811, in *DeGonline*, 23 giugno 2017). Tale impostazione troverebbe fondamento nel fatto che lo *user id* e la *password* utilizzati per accedere alla casella di posta elettronica sono considerati mezzi di identificazione informatica e, come tali, rientranti nella definizione di firma elettronica data dal legislatore, sebbene «semplice» (non avanzata, qualificata o digitale).

D'altro canto, il Regolamento europeo per le identità digitali [cd. Regolamento Eidas (*Electronic Identification Authentication and Signature*) – Regolamento Ue n. 910/2014 sull'identità digitale] afferma il principio di non discriminazione della firma elettronica rispetto a quella materiale, precisando, inoltre, che a una firma elettronica non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti delle firme elettroniche qualificate (così artt. 25 e 46 del Regolamento citato) (Troiano 2018, 79 ss.).

Tuttavia, si potrebbe obiettare che, sebbene l'accesso alla casella di posta elettronica comporti l'autenticazione dell'utente, ossia l'inserimento di uno *user id* e della relativa

password, sussiste la concreta possibilità che il messaggio di posta elettronica «semplice» ricevuto venga successivamente modificato, pregiudicandone l'integrità, o che un'e-mail mai venuta a esistenza sia addirittura creata ad arte in modo tale da risultare tra i messaggi di posta ricevuti (o inviati), alterando così la paternità del documento.

Tornando al caso che ci occupa, la soluzione adottata dalla Cassazione appare certamente in linea con le previsioni normative applicabili alla fattispecie.

Nella sentenza del 2017, la Cassazione adotta, infatti, l'orientamento meno rigoroso sul presupposto che la forma prescritta dall'art. 2, l. n. 604/1966, non è applicabile ai licenziamenti intimati durante il periodo di prova, posto che le garanzie ivi previste trovano applicazione soltanto dal momento in cui l'assunzione diviene definitiva e, in ogni caso, quando sono decorsi sei mesi dall'inizio del rapporto di lavoro *ex art.* 10 della legge citata. Inoltre, va precisato che alla e-mail era seguita la lettera di licenziamento spedita il 28.12.2011 ma recapitata solo il 7.1.2012, dopo la scadenza del periodo di prova fissata al 31.12.2011.

A prescindere dalla fattispecie concreta, la Cassazione comunque mostra di aderire all'orientamento meno rigoroso che sembra essersi recentemente affermato secondo il quale il requisito della comunicazione scritta del licenziamento deve ritenersi assolto o, in assenza della previsione di modalità specifiche, con qualunque modalità che comporti la trasmissione al destinatario del documento scritto nella sua materialità (In generale, cfr.: Garofalo 2007, 200). È questa impostazione che ha portato diversi giudici a ritenere legittimo il licenziamento comunicato tramite e-mail non certificata (T. Milano 5.10.2010, in *LPA*, 2010, n. 3-4, II, 657), *sms* (T. Milano 18.5.2017, inedita a quanto consta; C. App. Firenze 5.7.2016, in *ADL*, 2017, n. 1, II, 189; T. Genova 23.4.2016, n. 223, in *GLav.*, n. 30, 44; T. Torino, 23.7.2014, in *Nuovo Notiziario Giuridico*, 2015, n. 1, 85) o *WhatsApp* (T. Catania 27.6.2016, inedita a quanto consta). Si tratta di un orientamento che, aperto alle possibilità del più ampio utilizzo dei nuovi strumenti di comunicazione anche ai fini della comunicazione della cessazione dei rapporti di lavoro, pone non pochi problemi in ordine alla certezza della provenienza, della integrità e dell'immodificabilità della comunicazione, nonché della sua effettiva ricezione da parte del destinatario e, pertanto, più in generale, al diritto di difesa e, quindi, di tutela del lavoratore.

La sentenza del 2018, invece, aderisce all'orientamento più restrittivo sul presupposto che, per sua natura, il messaggio elettronico è suscettibile di modifiche che impediscono di considerarlo completamente attendibile (In questo senso: Cass. 11.5.2005, n. 9884, in *GCM*, 2005, 5; Cass. 14.3.2005, n. 5504, in *OGL*, 2005, n. 1, 136). In un caso del tutto analogo (Cass. 15.3.2018, n. 6425, in *DPL*, 2018, n. 17, 1079), la Cassazione ha ribadito che i messaggi di posta elettronica «semplice», sui quali si basavano le contestazioni mosse al dipendente, hanno una valenza probatoria dubbia, giacché trattasi di corrispondenza sulla quale il datore di lavoro ha piena disponibilità, in quanto gestore del *server* aziendale, e come tale potrebbe in ipotesi modificarne il contenuto, trattandosi tra l'altro di e-mail tradizionali e non di posta elettronica certificata o sottoscritta con firma digitale, che avrebbero, invece, garantito la identificabilità dell'autore e l'integrità del documento.

Ora, le preoccupazioni evidenziate dalla sentenza in relazione alla limitata dell'e-mail tradizionale circa la certezza della paternità del messaggio trasmesso e della sua integrità sono condivisibili e non del tutto infondate.

Quando il codice civile è stato emanato, infatti, l'art. 2712 c.c. era destinato principalmente a disciplinare il valore probatorio delle riproduzioni fotografiche e cinematografiche, nonché delle registrazioni su dischi fonografici, sebbene il riferimento in generale a «ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose» gli abbia conferito il carattere di norma di chiusura della sezione dedicata alla prova documentale. Tuttavia, ciò che negli anni quaranta sarebbe stato difficilmente falsificabile da parte della persona comune è oggi nella disponibilità di chiunque abbia un minimo di dimestichezza con le tecnologie informatiche. Attribuire, allora, al giudice il potere di valutare di volta in volta i documenti informatici firmati con firme «deboli» in base alle loro caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità appare la soluzione più ragionevole nel processo di adeguamento dell'ordinamento all'evoluzione delle conoscenze scientifiche e tecnologiche.

Riferimenti bibliografici

- Comoglio L.P. (2015), *Art. 2712. Riproduzioni meccaniche*, in Bonilini G., Chizzini A. (a cura di), *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli E., Milano, 501 ss.
- Garofalo D. (2007), *Licenziamento e forma*, in *Diritto del lavoro*. Commentario a cura di Carinci F., in Miscione M. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Torino, vol. III, 196 ss.
- Romano A.A. (2013), *Sub art. 2712*, in Alpa G., Maricorda V. (a cura di), *Codice civile commentato*, Milano, 3048 ss.
- Rota F. (2012), *Gli altri documenti*, in Taruffo M., *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu A. et al. e continuato da Schlesinger P., Milano, 728 ss.
- Troiano O. (2018), *Firma e forma elettronica: verso il superamento della forma «ad substantiam»*. *Riflessioni a margine del Regolamento Ue n. 910/2014 e delle recenti riforme del codice dell'amministrazione digitale*, in NGCC, 179 ss.

Barbara Caponetti
Assegnista di ricerca
presso l'Università di Roma «Tor Vergata»

CASSAZIONE, 21.2.2018, n. 4223 – Pres. Nobile, Est. Bronzini, P.M. Ceroni (parz. diff.) – Abercrombie & Fitch Italia Srl (avv.ti Brocchieri, Di Garbo) c. A.B. (avv.ti Ricci, Guariso).
Cassa Corte d'Appello di Milano, 15.4.2014.

Discriminazioni – Contratto di lavoro intermittente – Cessazione automatica del contratto quando il lavoratore compie 25 anni – Discriminazione fondata sull'età – Non sussiste – Norma di diritto interno che persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro.

In linea con l'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia dell'Ue nella sentenza del 19.7.2017 (C-143/16), deve escludersi che l'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, la cui formulazione «ratione temporis» applicabile autorizza un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di 25 anni, qualunque sia la natura delle prestazioni da eseguire, e a licenziare detto lavoratore al compimento del venticinquesimo anno, violi il principio di non discriminazione in base all'età di cui alla Direttiva n. 2000/78/Ce e all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, in quanto persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono appropriati e necessari. (1)

(1) LA CASSAZIONE SUL CASO *ABERCROMBIE* DOPO LA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: «NON POTEVA CHE ATTENERVISI?»

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il caso di specie. — 3. Il giudizio antidiscriminatorio: la pronuncia della Corte d'Appello di Milano. — 4. Il rinvio pregiudiziale e il *decisum* della Corte di Giustizia. — 5. La Corte di Cassazione «non poteva che attenersi?»

1. — *Premessa* — La pronuncia in commento della Corte di Cassazione segna l'epilogo della nota vicenda *Abercrombie*, avente a oggetto la cessazione di un rapporto di lavoro intermittente a tempo indeterminato a seguito del raggiungimento del venticinquesimo anno di età del lavoratore, così come previsto dall'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, nella versione *ratione temporis* applicabile. Con riferimento a tale norma, la Corte di Cassazione, con ordinanza n. 3982 del 29.2.2016 (1), aveva sottoposto alla Corte di Giustizia questione pregiudiziale *ex art.* 267 TfUE preordinata a verificarne la compatibilità con il principio di non discriminazione per età sancito dalla Direttiva n. 2000/78/Ce e dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,

(1) Cass. 29.2.2016, n. 3982, ord., in *RIDL*, 2016, n. 3, II, 692 ss., con nota di Calafà.

dato che la cessazione del rapporto di lavoro si realizzava *per il sol fatto* che il lavoratore avesse raggiunto il venticinquesimo anno d'età. La Corte di Giustizia, con sentenza del 19.7.2017 (2), ha dichiarato la compatibilità con il diritto dell'Unione della disposizione *de qua* giacché tale previsione normativa, pur introducendo una disparità di trattamento in ragione dell'età, «persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono appropriati e necessari» (3). La Cassazione, dunque, adeguandosi all'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia, ha accolto, con la sentenza in commento, il secondo motivo del ricorso presentato dalla società Abercrombie & Fitch Italia Srl, e ha ritenuto compatibile con il diritto dell'Unione, contrariamente a quanto statuito nel precedente grado di giudizio dalla Corte d'Appello di Milano (4), l'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003.

La vicenda in questione, ripercorsa attraverso gli approdi della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, sui quali ci si soffermerà più dettagliatamente *infra*, ha suscitato notevole interesse poiché è divenuta l'occasione, nell'era del diritto del lavoro derogabile, per una «messa alla prova del possibile rilievo del diritto antidiscriminatorio» (5) rispetto al problema della regolazione di tipologie contrattuali, fra le quali rientra certamente quella del lavoro intermittente, che presentano «caratteristiche di iperflessibilità evidenti e potenzialmente assai precarizzanti» (6) e che non sono specificamente disciplinate da parte del diritto dell'Unione.

L'analisi dell'intera vicenda *Abercrombie* consente di indagare, seppur limitatamente al fattore «età», l'evoluzione del diritto antidiscriminatorio e la inedita centralità che questo ha assunto nel diritto del lavoro italiano ed europeo (7) alla luce del sistema *multilevel* delle fonti, che, però, non sempre rende agevole l'individuazione dei suoi «confini interni ed esterni» (8). Non è un caso che un ruolo fondamentale nell'interpretazione delle norme antidiscriminatorie e nell'affermazione dei principi di eguaglianza e di non discriminazione è rivestito dalle Corti (9), in particolare dalla Corte di Giustizia, la quale, oltre a svolgere la sua peculiare funzione nomofilattica, ha spesso ricoperto un ruolo creativo nell'orientare e, talvolta, anticipare le scelte del legislatore (10), facendo emergere per via giurisprudenziale «un nuovo assetto delle fonti, con riferimento all'uso multilivello dei principi fondamentali» (11).

In particolare, la centralità del ruolo della giurisprudenza la si coglie ove si consi-

(2) C. Giust. 19.7.2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, in *RIDL*, 2017, n. 4, II, 878 ss., con nota di Marinelli.

(3) C. Giust. 19.7.2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl c. Antonino Bordonaro*, cit., punto 47.

(4) C. App. Milano 15.4.2014, n. 406, in *RIDL*, 2015, n. 2, II, 534 ss., con nota di Calafà.

(5) Nunin 2017, 1491. Cfr., altresì, Guaglianone 2014, 616.

(6) Nunin 2017, 1492.

(7) Sulla centralità del «nuovo» diritto antidiscriminatorio e sulle novità introdotte dalle direttive cd. di seconda generazione si rinvia a Barbera 2007.

(8) Cfr. Ranieri 2012, 166 ss. Sul punto si veda anche Calafà 2015, 544.

(9) Sul ruolo della giurisprudenza nell'interpretazione delle norme antidiscriminatorie e nella individuazione dei relativi confini si veda, tra gli altri: Guariso 2017, 399 ss.; Ranieri 2012, 166 ss.; Militello 2010, 31 ss.; Guarriello 2003, 345 ss.

(10) Cfr. Militello 2010, 31 ss.

(11) Sciarra 2011, 83.

deri che l'attuazione delle direttive di seconda generazione ha, di fatto, «disegnato un quadro complesso e completo del diritto antidiscriminatorio» (12) con riferimento non solo ai nuovi fattori di discriminazione, ma soprattutto alle ipotesi di esclusione dell'operare del divieto di discriminazione. Difatti – e la vicenda in commento ne è la prova –, è proprio dall'interpretazione giurisprudenziale delle deroghe e delle giustificazioni che è possibile tracciare con più nettezza l'ambito di operatività della tutela antidiscriminatoria nei rapporti di lavoro.

Con riferimento al divieto di discriminazioni per età (13), tenuto conto dell'ampiezza dell'apparato derogatorio delineato dall'art. 6 della Direttiva n. 2000/78/Ce, il ruolo della giurisprudenza nel delimitare i confini della fattispecie è stato cruciale, come avvenuto nel caso in esame. Tuttavia, appare opportuno evidenziare sin d'ora che, accanto all'uso disinvolto da parte degli Stati della possibilità di derogare al divieto di discriminazioni per età, si è accompagnato un «uso altrettanto disinvolto del test di legittimità da parte dei giudici europei» (14), i quali hanno molto spesso assecondato acriticamente le scelte discutibili dei legislatori nazionali, riconducendole nell'alveo delle ipotesi derogatorie previste dalla normativa antidiscriminatoria.

2. — *Il caso di specie* — La vicenda di cui si discute trae origine dal ricorso presentato ex art. 28, d.lgs. n. 150/2011, da un lavoratore assunto nel 2010 con contratto di lavoro intermittente a tempo determinato, successivamente convertito, nel gennaio 2012, in contratto a tempo indeterminato e infine risolto dalla società Abercrombie in concomitanza con il raggiungimento del suo venticinquesimo anno di età.

Secondo la disciplina *ratione temporis* applicabile, era possibile stipulare un contratto di lavoro intermittente o «per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi» (fattispecie oggettiva ex art. 34, c. 1, d.lgs. n. 276/2003) o, «in ogni caso», a prescindere dalla discontinuità delle prestazioni, alla condizione che il lavoratore avesse «più di cinquantacinque anni di età» o «meno di ventiquattro anni di età, fermo restando in tale caso che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il venticinquesimo anno di età» (fattispecie soggettiva ex art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003) (15).

Il lavoratore riteneva illegittimo il suo contratto di lavoro intermittente nonché il successivo licenziamento, chiedendo che ne fosse accertata la natura discriminatoria *ratione aetatis* per violazione del d.lgs. n. 216/2003 attuativo della Direttiva n. 2000/78/Ce, dal momento che sia la stipula del contratto di lavoro, sia la risoluzione del medesimo, erano avvenute in forza della sua sola età anagrafica, rendendo mani-

(12) Cfr., tra i tanti, La Tegola (2009, 471 ss.), la quale evidenzia come «oltre l'ambito di operatività dei divieti di discriminazione» vi sia la possibilità di rintracciare numerose ipotesi di legittima differenziazione. Sul punto si veda anche Ranieri 2012, 168 ss.

(13) In tema di discriminazioni per età in generale, si veda, tra i tanti: Bonardi 2007; Izzi 2012; Pasqualetto 2013, e, da ultimo, La Tegola 2017.

(14) Bonardi 2017, 557.

(15) Si rammenta che secondo l'originaria formulazione dell'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, non era sufficiente il possesso del solo requisito anagrafico, ma occorreva anche essere in una condizione di svantaggio occupazionale: essere in stato di disoccupazione (per gli *under 25* anni) o essere stati espulsi dal ciclo produttivo o essere iscritti alle liste di mobilità e di collocamento (per gli *over 55* anni).

festa la disparità di trattamento – che la norma in questione introduce(va) – tra gli *under* e gli *over* 25.

La possibilità di stipulare un contratto di lavoro intermittente *per il sol fatto* di avere un'età inferiore ai 25 anni, prescindendo dalla sussistenza di una ragione oggettiva giustificatrice (discontinuità delle prestazioni) e in assenza di altri requisiti soggettivi del lavoratore (stato di disoccupazione, assenza di formazione pregressa ecc.), nonché la automatica risoluzione del medesimo contratto al raggiungimento del venticinquesimo anno di età, hanno indotto sin da subito gran parte della dottrina a evidenziarne il potenziale carattere discriminatorio (16).

In realtà – ed è tale aspetto a svelare la reale portata della vicenda *Abercrombie* –, la disparità di trattamento subita dai lavoratori intermittenti *under* 25 si coglie con maggior contezza ove si consideri che il contratto di lavoro intermittente, quale tipologia di lavoro flessibile, è «pacificamente più pregiudizievole, per le condizioni che lo regolano, di un ordinario contratto a tempo indeterminato» (17).

È anche per questo che la sua regolamentazione nel nostro ordinamento ha avuto un «percorso alquanto tortuoso e accidentato» (18): introdotto nel 2003 con il d.lgs. n. 276/2003, poi più volte novellato, abrogato con la l. n. 247/2007 e successivamente reintrodotta con la l. n. 133/2008, per poi essere ancora una volta modificato dalla l. n. 92/2012 (19). Attualmente, la disciplina del contratto di lavoro intermittente è contenuta nel d.lgs. n. 81/2015, il quale, all'art. 13, ripropone il medesimo contenuto dell'art. 34, ultima versione, del d.lgs. n. 276/2003 (20). Ciò spiega l'attenzione che ha calamitato la vicenda *Abercrombie* e, in particolare, la pronuncia della Corte di Giustizia, poiché appare incontrovertibile che un diverso epilogo avrebbe certamente «travolto» l'attuale disciplina contenuta nel d.lgs. n. 81/2015, potendone condizionare persino la permanenza nel nostro ordinamento.

3. — *Il giudizio antidiscriminatorio: la pronuncia della Corte d'Appello di Milano* — Il lavoratore si rivolgeva al Tribunale di Milano, il quale rigettava il ricorso per improponibilità della domanda poiché il ricorrente avrebbe dovuto impugnare il licenziamento agendo non *ex art.* 28, d.lgs. n. 150/2011, bensì secondo il rito Fornero. Contestualmente, nel merito, sosteneva l'insussistenza della condotta discriminatoria della datrice.

(16) Sul punto si veda, tra i molti: De Simone 2004, 528; Novella 2004, 557; Sciarra 2006, 26 ss.; Bonardi 2007, 125; Guaglianone 2014, 620. Si segnala, altresì, la circolare n. 18/2012 del ministero del Lavoro, con la quale si precisava che se un lavoratore assunto con contratto di lavoro intermittente nella fattispecie soggettiva avesse continuato a rendere la prestazione dopo il 25° anno sarebbe scattata la trasformazione in rapporto a tempo pieno e indeterminato. Ciò faceva pensare a una sorta di cessazione automatica – della cui legittimità si dubita – al compimento dei 25 anni, come se si trattasse di un contratto di lavoro intermittente a tempo determinato, in cui la scadenza fosse prefissata *ope legis*.

(17) Cfr. C. App. Milano 15.4.2014, n. 406, cit.

(18) Nunin 2017, 1492.

(19) Per una ricostruzione dell'evoluzione del lavoro intermittente si veda, tra i tanti, Bavaro 2004; Alessi 2008 e Leccese 2013.

(20) Sull'attuale disciplina del contratto intermittente si veda, tra gli altri, Voza 2015; Mattei 2016 e Albi 2016.

Per ragioni di economicità, in tale sede, ci si soffermerà sulla questione relativa alla (in)sussistenza della discriminazione per ragioni di età, limitandosi a dire, con riferimento alla presunta improponibilità delle domande, che sia la Corte d'Appello di Milano che la Corte di Cassazione hanno ritenuto proponibile l'azione *ex art. 28, d.lgs. n. 150/2011* (21).

In sede di appello, la Corte di Milano, con sentenza n. 406 del 15.4.2014 (22), riformando l'ordinanza dei giudici di *primae curae*, riconosce la natura discriminatoria del comportamento tenuto da Abercrombie & Fitch Italia Srl «per aver assunto il ricorrente con un contratto intermittente in forza della sua sola età anagrafica» e ordina la cessazione del comportamento discriminatorio condannando la convenuta a «riammettere il lavoratore nel posto di lavoro».

La sentenza d'appello si rivela interessante perché, all'interno di un procedimento argomentativo tipico del giudizio antidiscriminatorio che non lascia margini di dubbio (23), ha rappresentato il primo caso di disapplicazione *de facto* (24) di una norma di legge nazionale in una controversia fra privati per contrasto con un principio generale del diritto dell'Unione.

Prima di indagare le ragioni condivisibili della Corte, appare opportuno ricostruire lo schema ermeneutico che le Corti, nazionali e sovranazionali, sono chiamate a seguire ogniqualvolta debbano verificare la compatibilità con il diritto dell'Unione di disposizioni (siano esse norme di legge o previsioni di contratto collettivo) potenzialmente lesive del principio di parità di trattamento in ragione dell'età. Tale schema argomentativo è proprio quello seguito – pur giungendo a esiti differenti – da tutte le Corti intervenute nel caso di specie.

La verifica dell'esistenza di una disparità di trattamento in ragione dell'età, infatti, rappresenta solo il primo momento del procedimento di accertamento della sussistenza della discriminazione, dal momento che la Direttiva n. 2000/78/Ce e il d.lgs. n. 216/2003 ammettono che alcune disparità di trattamento fondate sull'età possano essere giustificate e, quindi, non qualificate come discriminazione (25).

L'art. 6 della citata Direttiva (26) statuisce, infatti, che «le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscono discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano ap-

(21) La Corte d'Appello di Milano, prima, e la Corte di Cassazione, dopo, hanno dichiarato la proponibilità delle domande *ex art. 28, d.lgs. n. 150/2011*, in quanto trattasi di azione volta ad accertare la sussistenza di una discriminazione. Il richiamo all'art. 18 St. lav. da parte del lavoratore è finalizzato esclusivamente, in caso di accoglimento della domanda, alla rimozione degli effetti della discriminazione.

(22) C. App. Milano 15.4.2014, n. 406, cit. Fra i commenti alla pronuncia si veda Guaglianone 2014; Bonanomi 2015; Calafà 2015.

(23) Cfr. Calafà 2015, 544.

(24) Trattasi di una disapplicazione non espressa. Come fa notare Calafà (2015, 544), il giudice disapplica la disposizione interna non conforme al diritto dell'Unione «senza scriverlo espressamente».

(25) Cfr., sul punto, anche il Considerando n. 25 della Direttiva n. 2000/78/Ce.

(26) Parimenti così statuisce l'art. 3, cc. 4-*bis* e 4-*ter*, d.lgs. n. 216/2003.

propriati e necessari». Tale previsione ha sollevato non poche perplessità, soprattutto a causa dell'ampiezza della formulazione che lascerebbe ampi margini di discrezionalità agli Stati membri, ove si consideri che gli obiettivi tipizzati di «politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale» risultano essere così ampi da poter astrattamente attrarre a sé tutte le ipotesi di differenziazione fondate sull'età. Non è un caso che, così come anticipato in premessa, la maggior parte delle controversie in tema di discriminazioni in ragione dell'età sottoposte alla Corte di Giustizia abbiano riguardato, come per il caso *Abercrombie*, proprio l'interpretazione di tale previsione normativa (27). Ed è evidente che è proprio dall'interpretazione giurisprudenziale della deroga *de qua* che si (ri)definisce, di volta in volta, la latitudine dello stesso divieto di discriminazione per età.

Pertanto, accertata la sussistenza di una disparità di trattamento derivante dall'applicazione di una norma di legge, occorrerà verificare dapprima se tale normativa persegua una «finalità legittima» e, successivamente, se i mezzi utilizzati per il perseguimento della medesima siano «appropriati e necessari».

Sulla base di tale schema metodologico (28), in sede di appello, i giudici, facendo piena applicazione dei principi affermati dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Mangold* e *Kücükdeveci* (29), dichiarano la sussistenza del carattere discriminatorio dell'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003: la norma non supera il test di proporzionalità, dal momento che «il legislatore nazionale si è limitato a introdurre un trattamento differenziato che trova fondamento esclusivamente sull'età senza alcuna specificazione, non avendo richiamato alcuna ulteriore condizione soggettiva del lavoratore e non avendo esplicitamente finalizzato tale scelta ad alcun obiettivo individuabile» (30). La discriminazione che si determina fra gli *under* e gli *over* 25 anni, dunque, «non trova alcuna ragionevole e obiettiva motivazione» (31). Per tali ragioni, *Abercrombie* veniva condannata a rimuovere gli effetti della sua condotta discriminatoria attraverso la riammissione sul posto di lavoro del ricorrente.

Proprio questo profilo della sentenza consente di cogliere la reale portata della pronuncia. I giudici milanesi, infatti, nel garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione e, nel caso di specie, del principio di non discriminazione per età, che «deve essere considerato principio generale del diritto comunitario» (32), e consapevoli di operare in un sistema *multilevel* integrato, hanno dato applicazione diretta orizzontale nei rapporti interprivati a tale principio generale disapplicando *de facto* la normativa interna ritenuta contrastante con il divieto di discriminazione. Il richiamo alle sentenze *Mangold* e *Kücükdeveci* fornisce un fondamento giuridico alla scelta del giudice na-

(27) Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di discriminazioni per età si rinvia a Marino 2017. Si veda anche Ferrara 2016, 936 ss.

(28) Per maggiori approfondimenti relativi all'*iter* argomentativo da seguire per valutare la sussistenza di una discriminazione si rinvia a Calafà 2015, 546 ss., e Loi 2016, 131 ss.

(29) Il richiamo è a C. Giust. 22.5.2005, C-144/04, *Mangold*, e C. Giust. 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, entrambe reperibili sul sito <http://curia.europa.eu/> (d'ora in poi si rinvia a tale fonte per le sentenze della Corte di Giustizia).

(30) Cfr. C. App. Milano 15.4.2014, n. 406, cit.

(31) *Ivi*. Sul rapporto tra ragionevolezza e deroghe alla parità di trattamento si veda Loi 2016, 131 ss.

(32) Cfr. C. Giust. 22.5.2005, C-144/04, *Mangold*, cit., punti 74-75.

zionale, il quale, ogniquale, è chiamato a valutare la compatibilità di una norma interna con il diritto dell'Unione, deve dapprima provare a effettuare un'interpretazione «conforme» del diritto interno – finanche rivisitando precedenti orientamenti giurisprudenziali – e successivamente, ove ciò non sia possibile, giungere a disapplicare la disposizione interna in contrasto (33).

Nella vicenda di cui si discute, la natura discriminatoria della norma interna e la sua conseguente disapplicazione hanno indotto la Corte d'Appello a dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze della società datrice, con l'obbligo per quest'ultima di riammettere il lavoratore nel suo posto di lavoro e di pagare un'indennità a titolo di risarcimento del danno.

4. — *Il rinvio pregiudiziale e il decum della Corte di Giustizia* — La società Abercrombie ricorreva in Cassazione deducendo la compatibilità dell'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, con il principio di non discriminazione per età poiché trattavasi di «una legge che favorisce i lavoratori in ragione della loro età e non viceversa» (34).

La Corte di Cassazione, pur richiamando il quadro normativo e giurisprudenziale europeo in tema di discriminazione per età, così come ricostruito *supra*, e pur evidenziando che la norma incriminata «non contiene alcuna esplicita ragione rilevante» (35) ai sensi dell'art. 6 della Direttiva, ha preferito assumere una posizione prudente (36) disponendo il rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TfUe al fine di chiedere alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità della normativa interna con il divieto di discriminazione in base all'età sancito dalla stessa direttiva e dall'art. 21, c. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

La Corte di Giustizia, con una sentenza «eclatante» (37) e con un percorso argomentativo «*low profile*» (38), delude le aspettative di molti e segna un punto di rottura con la sua precedente elaborazione giurisprudenziale in tema di discriminazioni per età (39). Per i giudici europei, infatti, accertata la qualità di «lavoratore» del ricorrente ai sensi dell'art. 45 del TfUe (40), l'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, anche se «introduce una disparità di trattamento basata sull'età» (41) fra i lavoratori che, come il ricorrente, sono assunti con contratto di lavoro intermittente e licenziati al compimento

(33) Con la consapevolezza di non poter approfondire il tema dell'efficacia orizzontale nei rapporti interpretativi del principio di non discriminazione per età «di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale» (C. Giust. 15.1.2014, C-176/12, *Ams*), si rinvia, tra i molti, a: Alaimo 2014; Sollecito 2014; Biagioni 2011; Marino 2017. Sul ruolo del giudice nazionale si veda: Bronzini 2016; Ferrara 2016, 943 ss.; Calafà 2015; Calafà 2014, 471 ss.; Guaglianone 2014, 621 ss.

(34) Cfr. la seconda censura della società Abercrombie, così come riportata in Cass. 29.2.2016, n. 3982, ord., cit.

(35) *Ivi*.

(36) Cfr. Ferrara 2016, 932, e Nunin 2017, 1494. Hanno evidenziato l'opportunità della scelta della Suprema Corte di disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Calafà (2017, 340) e Gragnoli (2016).

(37) Bonardi 2017.

(38) Calafà 2017, 343.

(39) Cfr., tra i tanti: Bonardi 2017; Calafà 2017; Grillo Pasquarelli 2017; Nunin 2017.

(40) C. Giust. 19.7.2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, cit., punti 19-23.

(41) *Ivi*, punto 28.

del 25° anno di età e «i lavoratori che rientrano in un'altra fascia di età» (42), è fondato su una finalità legittima, conseguita con mezzi adeguati e necessari.

La Corte di Lussemburgo, applicando, quindi, lo schema argomentativo tipico del giudizio antidiscriminatorio e consapevole anche della «dimensione politica» (43) della sua valutazione, sposa integralmente la posizione assunta dal Governo italiano a sostegno della legittimità della norma, la quale sarebbe finalizzata a «valorizzare la flessibilità nel mercato del lavoro, quale strumento per incrementare l'occupazione», e a «favorire l'accesso dei giovani al mercato del lavoro». Ricorda, infatti, che, per il Governo italiano, il contratto di lavoro intermittente, potendo costituire per i giovani «un trampolino verso nuove possibilità d'impiego», non ha l'obiettivo principale di «consentire ai giovani un accesso al mercato del lavoro su base stabile, bensì unicamente di riconoscere loro una prima possibilità di accesso a detto mercato». Conclude, quindi, constatando che la disposizione interna «persegue una finalità legittima, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva n. 2000/78» (44).

Invero, la valutazione della adeguatezza e necessità dei mezzi utilizzati per il perseguimento della finalità legittima costituisce la parte meno condivisibile del ragionamento della Corte europea, la quale, discostandosi dalla sua precedente giurisprudenza e dalle conclusioni dell'Avvocato Generale (45), considera la misura nazionale di cui si discute appropriata e necessaria, senza rimettere, come di consueto, tale valutazione al giudice nazionale (46).

Appare opportuno soffermarsi su alcuni cruciali passaggi della sentenza della Corte di Giustizia, dal momento che è proprio su tale pronuncia che la Cassazione in commento ha fondato la sua discutibile decisione.

Il richiamo nella pronuncia europea «all'ampio margine discrezionale riconosciuto agli Stati membri» nella definizione delle misure atte a realizzare i propri scopi in materia di politica sociale e dell'occupazione, posto a fondamento delle sue conclusioni, sembra sconfiggere l'evoluzione giurisprudenziale creatasi negli anni sul punto.

Se è vero, infatti, che, con riferimento alla individuazione di una «finalità legittima» e alla valutazione della adeguatezza e della necessità dei mezzi, la Corte di Giustizia, sin dalle sue prime pronunce, ha riconosciuto in capo agli Stati membri un «ampio margine discrezionale» (47), è altrettanto vero che tale margine di valutazione discrezionale del legislatore nazionale – riprendendo sempre le sue parole – «non può avere

(42) *Ivi*, punto 27. Sulla complessa individuazione del *tertium comparationis* nei giudizi antidiscriminatori si rimanda a Bonardi (2017, 547 ss.), la quale evidenzia come nel caso di specie l'individuazione è stata effettuata in modo «tutt'altro che convincente», con ripercussioni «sulla valutazione finale della sussistenza o meno di una giustificazione alla disparità di trattamento».

(43) Bonardi 2017, 551.

(44) Tutti i virgolettati sono rintracciabili in C. Giust. 19.7.2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, cit., punti 32-39.

(45) Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Michal Bobek, presentate il 23.3.2017, punti 84-85 e 106.

(46) C. Giust. 19.7.2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, cit., punti 40-46.

(47) Cfr., tra le altre: C. Giust. 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, punto 63; C. Giust. 16.10.2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, punti 68-69; C. Giust. 12.10.2010, C-45/09, *Rosenbladt*, punto 69; C. Giust. 19.6.2014, cause riunite da C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, *Specht e altri*, punto 46.

l'effetto di svuotare della sua sostanza l'attuazione del principio di non discriminazione in funzione dell'età. [...] Semplici affermazioni generiche, riguardanti l'attitudine di un determinato provvedimento a partecipare alla politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale, non sono sufficienti affinché risulti che l'obiettivo perseguito da tale provvedimento possa essere tale da giustificare una deroga al principio in discorso». Gli Stati membri, infatti, hanno «l'onere di dimostrare la legittimità dell'obiettivo perseguito nel rispetto di un'elevata soglia probatoria» (48).

Le argomentazioni fornite nel caso *Abercrombie*, a sostegno della compatibilità della norma italiana, collidono con i rigidi canoni ermeneutici con i quali la stessa Corte ha interpretato negli anni le deroghe alla parità di trattamento in ragione dell'età. Essa, infatti, ha fondato il suo convincimento esclusivamente su dati – «del tutto inconsistenti» (49) – forniti dal Governo italiano per dimostrare l'idoneità del lavoro intermittente a favorire l'occupazione dei giovani, senza che ciò fosse corroborato da studi e dati statistici. Aspetto, quest'ultimo, che avrebbe dovuto indurre la Corte alla «rimessione dell'analisi della questione al giudice nazionale» (50), il quale – per utilizzare le parole dell'inascoltato Avvocato Generale – meglio di chiunque altro avrebbe valutato «l'impatto effettivo» (51) della disciplina in questione. La Corte di Giustizia, invece, ha ritenuto sufficiente «immaginare» (52) – e il ricorso all'immaginazione la dice lunga sulla reale consapevolezza dell'impatto concreto della disciplina (53) – che una simile tipologia contrattuale potesse incentivare l'occupazione giovanile per ritenere sussistente sia la finalità legittima che l'adeguatezza e necessità dei mezzi adoperati dal legislatore.

Ci si chiede, poi, come si possa pensare di favorire l'occupazione giovanile se la disposizione normativa in questione prevede la cessazione del rapporto di lavoro al raggiungimento del venticinquesimo anno di età, «indipendentemente da ogni considerazione di carattere economico o disciplinare» (54), spostando di fatto il problema della disoccupazione in una fascia di età successiva (55). Non sembrano essere affatto rassicuranti generiche argomentazioni come quelle addotte dalla Corte di Giustizia secondo cui se tali contratti di lavoro fossero stabili «le imprese non potrebbero offrire lavoro a tutti i giovani» (56). In altre parole, in funzione dell'obiettivo occupazionale – ed è questo il *punctum dolens* principale della sentenza –, meglio avere giovani occupati, «grazie a un contratto di lavoro flessibile e temporaneo» (57), che giovani disoccupati. Meglio un lavoro precario, un lavoro «purchessia» (58), che non averlo pro-

(48) Cfr. C. Giust. 5.3.2009, C-388/07, *Age Concern England*, punti 51 e 65.

(49) Bonardi 2017, 553.

(50) Inversi 2017, 1247.

(51) Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Michal Bobek, cit., punto 70.

(52) C. Giust. 19.7.2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, cit., punto 41. Cfr., in proposito, Bonardi 2017, 553.

(53) Vd. anche le osservazioni di Alessi (2017, 119 ss.).

(54) Cfr. Grillo Pasquarelli 2017.

(55) Cfr. Ortis 2017, 567.

(56) C. Giust. 19.7.2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, cit., punto 44.

(57) *Ivi*, punto 42.

(58) L'espressione è mutuata dal titolo del contributo di Laforgia 2012; *amplius*, si veda Laforgia 2018.

prio. Un simile approccio valutativo della Corte di Giustizia lascia molto perplessi, poiché rischia di innescare «un potenziale raffronto al ribasso che potrebbe trovare fondo solo al limite della miseria umana» (59).

Non mancano, infine, di destare profonde perplessità alcune valutazioni compiute dagli stessi giudici sull'istituto del lavoro intermittente, che sembrano non rispecchiare del tutto la realtà applicativa del medesimo e sulle quali la Cassazione in commento avrebbe avuto margini per scrivere un epilogo differente della vicenda. Si fa riferimento all'ambito di applicazione di tale tipologia contrattuale che la Corte europea circo-scrive, nelle sue argomentazioni, ai «giovani alla ricerca di un primo impiego» (60), quando in realtà è noto che il ricorso al lavoro intermittente è possibile anche per coloro che hanno già avuto altre esperienze lavorative.

Tutte queste criticità, seppur brevemente evidenziate, rafforzano la tesi secondo la quale, nel dialogo *multilevel*, è il livello nazionale la sede migliore per calare in concreto l'interpretazione del diritto Ue fornita dalla Corte di Giustizia e valutare, come nel caso di specie, rispetto a una finalità legittima, se i mezzi scelti dal legislatore siano in concreto realmente adeguati e proporzionati.

5. — *La Corte di Cassazione «non poteva che attenersi»?* — La Corte di Cassazione, enfatizzando la «risposta univoca ed esaustiva» offerta dalla Corte di Giustizia, non ha potuto «che attenersi a quanto [da essa] accertato non avendo il potere di dare una interpretazione diversa da quella offerta dalla Corte» (61).

I giudici, se, da un lato, riconoscono correttamente la competenza esclusiva della Corte di Giustizia, adita *ex art.* 267 TfUE, nell'interpretazione del diritto dell'Unione, dall'altro lato, ritengono che essa possa estendere la sua indagine anche all'esame della legislazione interna, come ha fatto nel caso in esame, valutando direttamente «tutti i contorni della vicenda» e l'efficacia (*rectius*: adeguatezza e proporzionalità) delle misure nazionali, senza demandare al giudice interno tale compito (62). Tuttavia, va rilevato che la verifica della compatibilità della normativa interna con la direttiva, così come interpretata dalla Corte di Giustizia, è competenza del giudice nazionale, il quale può valutare i fatti «sulla base dei quali si può argomentare che sussiste discriminazione diretta o indiretta» (63). Spetta al giudice nazionale, infatti, verificare se la normativa interna, che deroga al divieto di discriminazione per ragioni di età, sia conforme al diritto dell'Unione alla luce dei canoni ermeneutici offerti dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia. È la stessa Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, in una recente pronuncia a ribadire come «la Corte di Giustizia, nell'esercizio del potere di interpretazione [...], non opera come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale [e pertanto] permane in via esclusiva in capo a questo la funzione giurisdizionale» (64).

(59) Bonardi 2017, 554.

(60) C. Giust. 19.7.2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, cit., punto 35.

(61) Cfr. i punti 4 e 5 della sentenza in commento.

(62) *Ivi*.

(63) Cfr. il Considerando n. 15 della Direttiva n. 2000/78/Ce. Si veda anche Bonardi 2017, 555 ss.

(64) Cass. 18.12.2017, n. 30301, S.U., reperibile nella Banca dati *DeJure*, Giuffrè, in *www.iusexplorer.it*.

Davvero la Cassazione, nel caso di specie, «non poteva che attenersi» all'approdo della Corte di Giustizia senza calare nel concreto gli approdi ermeneutici da essa forniti?

Con un po' più di coraggio, senza con ciò ledere il principio di leale collaborazione sancito dall'art. 4 del TUE, i giudici avrebbero potuto valutare le circostanze del caso concreto e stabilire se «si fuoriesce dai limiti di conformità all'ordinamento europeo» (65) ritagliati dalla Corte di Giustizia nella vicenda che si discute. Un simile approccio, alla luce delle numerose criticità sollevate al *decisum* della Corte europea, avrebbe forse condotto i giudici nazionali a esiti differenti.

A ben vedere, infatti, la Cassazione, se si fosse meglio soffermata sull'analisi di tutte le circostanze del caso concreto, avrebbe potuto constatare che l'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia sul contratto di lavoro intermittente, così come evidenziato nel paragrafo precedente, ha riguardato esclusivamente l'ipotesi di giovani *under 25* che accedono a tale tipologia contrattuale quale «prima occasione di impiego». Che ne è dei contratti di lavoro intermittente stipulati con giovani – per il sol fatto di essere *under 25* – che hanno già alle spalle altre esperienze di lavoro o per i quali non si tratti del primo contratto di lavoro intermittente? Interrogativo, questo, che avrebbe potuto spingere i giudici, alla luce dei canoni ermeneutici forniti dai giudici europei, a una eventuale disapplicazione della norma per queste specifiche ipotesi (e il ricorrente sarebbe rientrato fra queste) o a un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, meglio circoscrivendo i dubbi interpretativi del diritto eurounitario. Questo non avrebbe certamente rappresentato, come sostenuto in sentenza, un modo per «sostituire il proprio giudizio a quello della Corte del Lussemburgo».

La Cassazione, invece, nel rigettare tutte le richieste del ricorrente, ha affermato in modo assertivo che «si deve escludere che [la Corte di Giustizia] non abbia correttamente inteso [...] il *thema decidendum*», e ha concluso statuendo che «non sussistono ragioni di sorta per disporre un nuovo rinvio pregiudiziale, avendo la Corte di Giustizia chiarito tutti gli aspetti della vicenda».

La Cassazione, infine, ha ritenuto di disattendere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, nella parte in cui prevede l'estinzione del rapporto di lavoro al raggiungimento del venticinquesimo anno di età, per presunta violazione dell'art. 3 Cost., poiché, così come sostenuto dal ricorrente, una simile previsione non risponderebbe ad alcun criterio di ragionevolezza. Secondo la Cassazione, infatti, non essendoci «ragioni per ritenere che la giurisprudenza costituzionale offra una tutela (antidiscriminatoria) ai giovani più intensa di quella che proviene dalle fonti sovranazionali», la questione appare manifestamente infondata.

In definitiva, la vicenda *Abercrombie*, specie se letta attraverso l'analisi del dialogo *multilevel* delle Corti, consente di fare alcune riflessioni, di carattere generale, sul ruolo del diritto antidiscriminatorio nell'era del diritto del lavoro derogabile. Sicuramente l'approdo della Corte di Giustizia nella vicenda *de qua* indurrebbe a escludere che i divieti di discriminazione possano essere considerati come «strumenti riconosciuti di una tutela integrativa nei casi di evidente abbassamento dei livelli offerti dalle tecniche tradizionalmente incentrate sul riconoscimento della norma inderogabile, assolvendo

(65) Bonardi 2017, 556.

a una funzione complementare (se non esclusiva) di tutela del lavoro» (66). Se è vero che una simile funzione del diritto antidiscriminatorio è sicuramente messa in discussione dalla vicenda *Abercrombie*, è altrettanto vero che l'accresciuto interesse dimostrato, fuori e dentro le aule giudiziarie, verso siffatti strumenti di tutela non può che indurre tutti gli operatori a una riflessione più attenta e profonda nei confronti di questo ramo del diritto (67), affinché possa efficacemente divenire «leva di Archimede» (68) per la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Riferimenti bibliografici

- Alaimo A. (2014), *Avvocati Generali e giudici europei fra precomprensioni, valori e diritti sociali. Riflessioni sul caso Ams*, in *RIDL*, n. 4, III, 173 ss.
- Albi P. (2016), *Il lavoro intermittente e il lavoro accessorio dopo il Jobs Act*, in Carinci F. (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*, Adapt University Press, Modena, 197 ss.
- Alessi C. (2008), *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 68.
- Alessi C. (2017), *Il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro atipici: spunti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 99 ss.
- Barbera M. (2007), *Introduzione*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, XIX ss.
- Bavaro V. (2004), *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in Ghezzi G. (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 216 ss.
- Biagioni G. (2011), *La discriminazione in base all'età. In margine al caso Küçükdeveci*, in Castangia I., Biagioni G. (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 257 ss.
- Bonardi O. (2007), *Le discriminazioni basate sull'età*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 125 ss.
- Bonardi O. (2017), *Il divieto di discriminazioni per età alla deriva: note sul caso Abercrombie*, in *RGL*, n. 4, II, 545 ss.
- Bronzini G. (2016), *La Corte di Giustizia e il principio di non discriminazione per età: al giudice ordinario il compito di chiudere il sistema*, in *RIDL*, n. 4, II, 999 ss.
- Calafà L. (2014), *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *LD*, n. 2-3, 457 ss.
- Calafà L. (2015), *Lavoro intermittente e discriminazione diretta in base all'età: prove di disapplicazione*, in *RIDL*, n. 2, II, 541 ss.

(66) Calafà 2017, 348. Si veda anche Nunin 2017, 1497.

(67) In tal senso, cfr. Calafà 2017, 349, e Nunin 2017, 1500.

(68) Cfr. Barbera 2007; Ferrara 2016, 948.

- Calafà L. (2016), *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di Giustizia*, in RIDL, n. 3, II, 692 ss.
- Calafà L. (2017), *Teoria e pratica del diritto antidiscriminatorio del lavoro nel caso Abercrombie Fitch*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 337 ss.
- De Simone G. (2004), *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in LD, n. 3-4, 527 ss.
- Ferrara M.D. (2016), *La tutela e il giudizio multilevel in crisi di identità: discriminazione per età e lavoro intermittente*, in ADL, n. 4-5, II, 928 ss.
- Gagnoli E. (2016), *Il contratto di lavoro intermittente e la possibile discriminazione per età*, in DRI, n. 4, 1111 ss.
- Grillo Pasquarelli F. (2017), *Discriminazioni per età: Cenerentola ha perso per sempre la sua scarpetta*, in QGonline, 2 ottobre.
- Guaglianone L. (2014), *Il caso Abercrombie: contratto intermittente e discriminazioni per età*, in RGL, n. 4, II, 613 ss.
- Guariso A. (2017), *La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo tra le Alte Corti*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 399 ss.
- Guarriello F. (2003), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in DLRI, n. 99-100, 341 ss.
- Inversi C. (2017), *Forme di lavoro flessibili per i lavoratori più giovani e principio di non discriminazione in base all'età nel caso Abercrombie & Fitch Italia Srl c. Antonino Bordonaro*, in DRI, n. 4, 1241 ss.
- Izzi D. (2012), *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in RGL, n. 1, I, 125 ss.
- La Tegola O. (2009), *«Oltre» la discriminazione: legittima differenziazione e divieti di discriminazione*, in DLRI, n. 123, 471 ss.
- La Tegola O. (2017), *Il divieto di discriminazioni per età nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Laforgia S. (2012), *Il lavoro dignitoso, il lavoro decente e il lavoro purchessia*, in LG, n. 1, 129 ss.
- Laforgia S. (2018), *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Leccese V. (2013), *La tenace sopravvivenza del «lavoro intermittente» nell'ordinamento italiano*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 107 ss.
- Loi P. (2016), *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Marino D. (2017), *Il principio di non discriminazione per età nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in LG, n. 4, 403 ss.
- Mattei A. (2016), *La continuità nel lavoro intermittente*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 653 ss.
- Militello M. (2010), *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT, n. 77.

- Novella M. (2004), *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, in *LD*, n. 3-4, 557 ss.
- Nunin R. (2017), *Where do we go from here? Lavoro intermittente e discriminazione in base all'età nella sentenza della Corte di Giustizia sul caso Abercrombie & Fitch*, in *ADL*, n. 6, II, 1491 ss.
- Pasqualetto E. (2013), *L'età di accesso al lavoro tra tutele, differenziazioni e discriminazioni*, Cedam, Padova.
- Ranieri M. (2012), *Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di Giustizia dell'Ue: alcune questioni problematiche*, in *RGL*, n. 1, I, 165 ss.
- Sciarra S. (2006), *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 44.
- Sciarra S. (2011), *Considerazioni conclusive. Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in Caruso B., Militello M. (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*. *Collective Volumes*, n. 1.
- Sollecito C. (2014), *Gli effetti diretti orizzontali dei principi contenuti nella Carta di Nizza: la sentenza Association de médiation sociale della Corte Ue e i chiarimenti sull'approccio Küçükdeveci*, in *DRI*, n. 3, 856 ss.
- Voza R. (2015), *Gli ennesimi ritocchi alla disciplina del lavoro intermittente*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 233 ss.

Donato Marino

Dottorando di ricerca in Principi giuridici e istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

I

CASSAZIONE, 7.2.2018, n. 2990, S.U. – Pres. Tirelli, Est. D’Antonio, P.M. Fuzio (diff.) – X.X. (avv. Spinosa) c. Sogei-Società generale d’Informatica Spa (avv.ti Proia, Emiliani).
Cassa Corte d’Appello di Roma, 16.1.2015.

Retribuzione – Appalto – Nullità – Mora del creditore – Buona fede – Artt. 1206 ss. c.c. – Art. 1175 c.c. – Art. 1375 c.c. – Art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003 – Art. 36 Cost.

La declaratoria di nullità dell’interposizione di manodopera per violazione di norme imperative e la conseguente esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato determina, nell’ipotesi in cui per fatto imputabile al datore di lavoro non sia possibile ripristinare il predetto rapporto, l’obbligo per quest’ultimo di corrispondere le retribuzioni al lavoratore a partire dalla messa in mora decorrente dal momento dell’offerta della prestazione lavorativa, in virtù dell’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, che non contiene alcuna previsione in ordine alle conseguenze del mancato ripristino del rapporto di lavoro per rifiuto illegittimo del datore di lavoro e della regola sinallagmatica della corrispettività, in relazione agli artt. 3, 36 e 41 Cost. (1)

II

CORTE D’APPELLO ROMA, 2.10.2017, S. lav., ord. – Pres. ed Est. Panariello – Telecom Italia Spa c. F.A.

Retribuzione – Trasferimento di azienda – Nullità – Mora del creditore – Buona fede – Art. 2112 c.c. – Art. 2126 c.c. – Art. 1206 ss. c.c. – Art. 1175 c.c. – Art. 1375 c.c. – Art. 36 Cost.

Sono rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 1206, 1207 e 1217 c.c., per contrasto con gli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost., in relazione al «diritto vivente» della Corte di Cassazione; secondo questa, in caso di mancata riassunzione del dipendente a seguito della sentenza con cui sia stata dichiarata inefficace la cessione del ramo d’azienda ex art. 2112 c.c., in capo al cedente residua soltanto un’obbligazione avente a oggetto il risarcimento del danno e non già la retribuzione. (2)

(1-2) MORA DEL CREDITORE, ESTERNALIZZAZIONI FITTIZIE
E PROFILI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Appalto fittizio e *mora accipiendi* del committente: l'intervento del giudice di legittimità. — 3. Sulla *mora credendi* del datore di lavoro. — 4. L'*iter* argomentativo delle S.U. — 5. Uno scenario incerto: l'ordinanza della Corte d'Appello di Roma e i profili di legittimità costituzionale.

1. — *Il caso* — Il presente commento ha a oggetto la recente giurisprudenza che si è pronunciata a favore della natura retributiva delle somme spettanti al lavoratore a seguito della messa in mora datoriale, una volta dichiarata in giudizio la nullità di appalto e trasferimento di azienda: alla luce dei contributi dottrinali sulla mora del creditore e del precedente indirizzo di legittimità, verrà dapprima analizzata la sentenza n. 2990/2018 delle S.U. in materia di interposizione fittizia di manodopera; nell'ultimo paragrafo verrà trattata l'ordinanza del 2.10.2017 della Corte d'Appello di Roma, con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale in merito agli artt. 1206 ss. c.c. alla luce del «diritto vivente» della Cassazione, che qualifica come risarcimento del danno le somme dovute dal cedente al lavoratore ceduto a seguito di nullità di trasferimento di azienda.

2. — *Appalto fittizio e mora accipiendi del committente: l'intervento del giudice di legittimità* — Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite si pronunciano sulla natura giuridica delle somme spettanti al prestatore di lavoro a seguito di declaratoria giudiziale di interposizione fittizia di manodopera, e conseguente costituzione in mora del committente: il Supremo Collegio ritiene che nel caso di specie si applichi l'ordinaria disciplina della mora del creditore, di cui agli artt. 1206 ss. c.c., e che pertanto i lavoratori abbiano diritto alla corresponsione da parte del committente delle retribuzioni maturate *medio tempore* dalla data di pubblicazione della sentenza, una volta offerte le loro prestazioni; le predette somme spettano non a titolo di risarcimento del danno, ma in ragione del ripristino del sinallagma contrattuale con il committente quale effettivo datore di lavoro.

Più specificamente, nel caso in esame, alcuni dipendenti di una società in regime di appalto di servizi, lamentavano in sede giurisdizionale l'interposizione fittizia di manodopera ai sensi dell'art. 29, c. 3-*bis*, del d.lgs. n. 276/2003, e chiedevano pertanto il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'impresa committente. A seguito di sentenza favorevole del giudice di prime cure i prestatori ottenevano decreto ingiuntivo nei confronti di quest'ultima, poiché non aveva ottemperato all'ordine giudiziale di ripristino del rapporto di lavoro e alla conseguente erogazione del trattamento salariale.

In sede monitoria, l'azienda proponeva opposizione ai predetti decreti, che venivano revocati: deduceva infatti che nelle more del giudizio i ricorrenti avevano lavorato alle dipendenze di un'altra società, da cui erano stati regolarmente retribuiti; in subordine, rilevava l'eventuale natura risarcitoria (e non retributiva) dell'obbligazione, con conseguente detraibilità delle somme erogate dalla società interposta a titolo di *aliunde perceptum*.

Una volta confermata la decisione in appello, i lavoratori esperivano ricorso per

cassazione. La trattazione della controversia veniva rimessa alle Sezioni Unite in ragione della peculiare rilevanza della questione giuridica circa la natura retributiva o risarcitoria degli emolumenti spettanti al lavoratore non riammesso in servizio, a seguito di declaratoria giudiziale accertante l'illecita interposizione di manodopera, e nonostante i ricorrenti avessero intimato al datore di lavoro di ricevere la prestazione.

All'esito del giudizio di legittimità, le Sezioni Unite hanno riconosciuto come l'obbligo retributivo gravi sull'impresa committente, quale effettivo datore di lavoro, come corollario del carattere fittizio dell'appalto in presenza di due requisiti contestuali: la messa in mora datoriale attraverso l'offerta della prestazione lavorativa; l'impossibilità della prestazione stessa per fatto imputabile al datore di lavoro, che in assenza di un legittimo motivo si rifiuti di riceverla.

All'atto pratico, tuttavia, le Sezioni Unite hanno confermato la sentenza di appello con diverse motivazioni: infatti, in progresso di tempo tutti i ricorrenti meno uno hanno continuato a lavorare alle dipendenze dell'appaltatore percependo la retribuzione, senza che vi fosse alcuna discrasia tra il trattamento stipendiale della committente e quello dell'appaltatore. Il che, secondo la Corte, vale a neutralizzare l'obbligo retributivo della committente in ragione del rinvio dell'art. 29, c. 3-*bis*, all'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003 (1) in materia di somministrazione irregolare, secondo cui i pagamenti effettuati dal somministratore valgono a liberare l'utilizzatore dal debito sino alla concorrenza della somma effettivamente pagata.

3. — *Sulla mora credendi del datore di lavoro* — Nella vicenda in esame, per come descritta, si intrecciano i principi generali del diritto delle obbligazioni – e segnatamente l'istituto della mora del creditore – con l'annosa questione dell'incoercibilità degli obblighi di fare (2) e la legislazione speciale in materia di appalti; nella prospettiva rimediale si tratta, cioè, di concretizzare il diritto costituzionale alla retribuzione nel contesto socio-normativo delle esternalizzazioni, a fronte di un dettato normativo lacunoso: infatti, l'art. 29, c. 3-*bis*, si limita a stabilire che, se viene accertata giudizialmente la natura fittizia dell'appalto, il lavoratore potrà chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del committente, omettendo specifici strumenti di tutela a fronte della non riammissione in servizio e della mancata corresponsione degli stipendi.

Le Sezioni Unite hanno fondato la loro decisione sull'istituto della mora del creditore per come regolata dal codice civile in relazione a tutte le tipologie di obbligazioni, ivi comprese quelle di *facere* in cui convenzionalmente rientra il contratto di lavoro. Il presupposto argomentativo è quello per cui l'adempimento di qualsiasi rapporto obbligatorio richiede la necessaria cooperazione del creditore nel ricevere la prestazione dovuta (3); più in particolare, il datore di lavoro incorre in mora ogniqualvolta non consente al lavoratore che la prestazione entri in contratto con il relativo

(1) L'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003 è stato abrogato dall'art. 55, c. 1, del d.lgs. n. 81/2015.

(2) Sull'incoercibilità degli obblighi di fare nel diritto del lavoro cfr. Mazzamuto 1976, 77 ss.

(3) Bianca 2005, 374 ss.; Bigliuzzi Geri 1988, 1; Gazzoni 2013, 589; Nivarra 2011, 113.

substrato oggettivo (ad esempio, l'apprestamento dei locali e dei mezzi di lavoro) nell'ambito dell'attività economica organizzata da lui predisposta (4).

L'applicabilità della mora del creditore al contratto di lavoro non è questione pacifica in giurisprudenza, e risente delle divisioni registratesi in dottrina sotto un duplice profilo: innanzi tutto sulla stessa ammissibilità logico-giuridica di una mora datoriale; e, in caso affermativo, se il lavoratore abbia diritto alla retribuzione a titolo di risarcimento del danno o quale controprestazione all'interno del sinallagma.

Giova premettere come le prospettazioni dottrinali siano state elaborate in un contesto storico-economico ben diverso dall'attuale, in cui si invocava la *mora credendi* non come tecnica di tutela rispetto alle forme *contra ius* di decentramento produttivo ed esternalizzazioni (appalto, trasferimento di azienda, somministrazione), ma in presenza di un forte conflitto industriale costellato da scioperi e serrate: il datore, quale creditore dell'obbligazione di lavoro, andava costituito in mora perché si era rifiutato di far varcare i cancelli della fabbrica ai propri dipendenti in risposta al legittimo esercizio del diritto di sciopero (5).

Secondo un primo orientamento, risalente a Cattaneo, nel contratto di lavoro la *mora credendi* è del tutto impossibile: nella prospettiva apodittica e formalistica dell'Autore, la mora presuppone una situazione di ritardo rispetto a una prestazione ancora possibile, e pertanto non potrà mai operare in relazione al lavoro non prestato, che di fatto si configura come prestazione definitivamente impossibile a prescindere dalla causa dell'impedimento (6); tanto premesso, è proprio l'omissione creditoria a rendere non più realizzabile la prestazione, applicandosi l'art. 1256, c. 1, c.c., con la conseguente estinzione dell'obbligazione per causa non imputabile al debitore (7).

A tale orientamento si contrappongono invece le tesi funzionaliste, che enfatizzano la *ratio* della *mora accipiendi* non tanto sotto il profilo della liberazione del debitore, quanto sotto l'angolo visuale della distribuzione delle conseguenze a seguito di mancato adempimento tempestivo della prestazione per causa del creditore: premesso che il contratto di lavoro è un rapporto a esecuzione continuata, il dato di partenza è rappresentato dall'art. 1206, c. 1, c.c., secondo cui «il creditore è in mora quando, senza motivo legittimo [...] non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione».

Più precisamente, secondo Ghezzi (8), l'imprenditore non è esonerato dall'obbligazione retributiva in caso di omissione cooperatoria, a meno che non si verifichino

(4) Ghezzi (1965, 56 ss.) che si richiama alla dottrina tedesca delle obbligazioni di *facere*, in cui si distingue tra *Leistung* (prestazione del soggetto obbligato) e *Leistungs substrat* (elemento oggettivo dell'adempimento).

(5) Secondo la giurisprudenza sulla serrata, il datore di lavoro non incorre in mora solo quando lo sciopero è illegittimo, o quando non gli consente di avvalersi in modo proficuo della prestazione, o ancora quando questa possa essere utilizzata attraverso l'assunzione di maggiori oneri o spese: cfr. Cass. 28.7.1993, n. 5186, in *FI*, 1983, I, 2400 ss.; Cass. 1.9.1982, n. 4757, in *GCM*, 1982, 8.

(6) Cattaneo 1973, 87 ss.; *Id.* 1994, 440.

(7) Addante 2017, 319.

(8) Ghezzi 1965, 212 ss. Tale tesi è stata successivamente accolta dalla giurisprudenza: cfr., *ex multis*: Cass. 16.4.2004, n. 7300, in *GCM*, 2004, 4; Cass. 20.1.2001, n. 831, *ivi*, 2001, 134; Cass. 4.12.1982, n. 6614, *ivi*, 1982, 12.

eventi eccezionali ed estranei all'organizzazione imprenditoriale concretizzanti nell'impossibilità oggettiva di proseguire l'attività produttiva (essenzialmente *vis maior* e *factum principis*) (9) o che esporrebbero il creditore intenzionato a cooperare a rischi ingiustificati: non valgono quindi a escludere la mora del creditore eventi riconducibili alla stessa gestione imprenditoriale, quali la diminuzione dell'attività produttiva; da tale omissione l'Autore fa poi discendere il diritto al risarcimento del danno parametrato alla retribuzione (10).

Il fondamento normativo della *mora credendi* del datore viene specificamente rinvenuto nell'art. 6 del r.d.l. n. 1825/1924, tutt'ora vigente (11), in virtù del quale, «in caso di sospensione di lavoro per fatto dipendente dal principale, l'impiegato ha diritto alla retribuzione normale o, in caso di rifiuto del principale, alle indennità di licenziamento di cui all'art. 10»: sulla base di un'interpretazione analogica, Ghezzi rinviene nella norma un principio di carattere generale del diritto del lavoro, applicabile anche agli operai. Inoltre, facendo leva sul r.d.l. n. 1825/1924, secondo l'Autore, il risarcimento del danno si caratterizza per una sua forfetizzazione, non riducibile, pari alle mancate retribuzioni, posto che «il risarcimento dei danni, cui è tenuto il creditore moroso in forza del principio generale sancito dall'art. 1207 c.c., è questa volta, per speciale volontà di legge, pari al corrispettivo cui avrebbe diritto l'altra parte ove la sua offerta di prestazione fosse stata accolta, senza che si debba far luogo alle decurtazioni consuete al diritto comune» (12).

Al contrario, nella ricostruzione di Ghera e Liso, l'obbligazione retributiva permane nonostante la situazione di mora in cui versi il datore di lavoro: gli Autori, pur condividendo con Ghezzi la traslazione del rischio in capo al datore in caso di mancata cooperazione tecnico-funzionale, ritengono che in costanza di rapporto la retribuzione vada corrisposta quale controprestazione all'interno del sinallagma, e non a titolo risarcitorio; infatti, il lavoratore non sottrae alcuna utilità economico-giuridica in senso stretto al datore, dovendosi avere riguardo, ai fini di un'eventuale ingiusta locupletazione, alle dinamiche interne al rapporto contrattuale (13): in assenza di una contraria previsione normativa, il lavoratore avrà diritto alla corresponsione del trattamento salariale nella sua interezza, e non al mero risarcimento del danno, di cui le retribuzioni non corrisposte erano solo un parametro (14).

(9) L'Autore, in chiave di tutela del contraente debole, circoscrive le ipotesi in cui il caso fortuito fa venir meno il substrato oggettivo della prestazione alla stregua del criterio di buona fede: così, ad es., in relazione al fatto del principe, il creditore è esonerato dall'onere di concorso quando non abbia provocato l'ordine dell'autorità, o quando avverso lo stesso ordine (erroneamente impartito) abbia tempestivamente promosso i mezzi di impugnativa; circa la forza maggiore, non si avrà *mora accipiendi* «solo quando l'impresa sia costretta a cessare la produzione perché tutte le scorte sono esaurite ed è dimostrata l'impossibilità oggettiva di procurarne altre sul mercato»: Ghezzi 1965, 218.

(10) *Ivi*, 122.

(11) L'abrogazione del r.d.l. n. 1825/1924, originariamente disposta con d.l. n. 2000/2008, è stata poi eliminata dalla legge di conversione n. 9 del 2009.

(12) Vd. Ghezzi (1965, 129), che tra le ipotesi di decurtazione di diritto comune individua proprio «il guadagno conseguito col porre le proprie energie lavorative al servizio altrui».

(13) Ghera, Liso 1976, 1001. Tale tesi è poi ripresa da Balletti (1990) e da Speciale (1992, 313 ss.).

(14) Marinelli 2018.

A parte le divisioni dottrinali, va sottolineato come l'istituto della mora del creditore non abbia registrato un'applicazione generalizzata all'interno del contratto di lavoro: è infatti destinato a operare in chiave residuale, in funzione di tutela del contraente debole, rispetto a tutti quei casi in cui la legge e la contrattazione collettiva non prevedano conseguenze specifiche nei confronti dell'omissione cooperatoria datoriale (ad esempio: sciopero, serrata) (15); la tendenza dell'odierna legislazione è invece quella di dettare una regolamentazione specifica delle sospensioni di lavoro riconducibili al datore (16), specchio non solo del principio di specialità, ma anche di una temperie culturale che riduce le tutele all'interno del contratto per privilegiare quelle nelle transizioni occupazionali (17).

4. — *L'iter argomentativo delle S.U.* — La Corte ritiene di non potere applicare al caso di specie il principio di necessaria sinallagmaticità tra retribuzione e prestazione, in virtù del quale la prima è dovuta solo se viene resa la seconda: il filo rosso dell'argomentazione è rappresentato dalla deroga al principio di corrispettività genetica e funzionale del contratto di lavoro subordinato in ragione di interessi costituzionalmente meritevoli di tutela (18), che in tal caso non sono quelli espressamente previsti dalla legge (infortunio, malattia, gravidanza, puerperio) o dalla contrattazione collettiva, ma vengono desunti applicando le regole codicistiche sulla mora del creditore.

I giudici di legittimità rigettano innanzi tutto la tesi dei ricorrenti, che invocavano un'applicazione estensiva del vecchio testo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che nella versione riformata dalla l. n. 108/1990 prevedeva la corresponsione di un'indennità onnicomprensiva parametrata all'ultima retribuzione globale di fatto, che ristorava integralmente il lavoratore del pregiudizio sofferto a seguito dell'illegittimità del recesso datoriale sino all'effettiva reintegrazione.

Le Sezioni Unite rilevano correttamente come tale soluzione sia inapplicabile al caso in esame per un duplice ordine di ragioni: innanzi tutto la previsione di cui all'art. 18 è norma speciale, circoscritta alla tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, e pertanto insuscettibile di essere applicata al di là dei casi espressamente contemplati a norma dell'art. 14 delle preleggi; inoltre, le somme vengono corrisposte non a titolo di retribuzione, ma quale risarcimento del danno per l'ingiusta risoluzione del rapporto di lavoro. *Ad abundantiam*, la Corte osserva che anche la riforma operata dalla l. n. 92/2012 ha qualificato come risarcitoria l'indennità *ex* art. 18 da erogare dalla data del licenziamento sino alla reintegra, cui si accompagna peraltro la detrazione dell'*aliunde perceptum* (19).

(15) Speciale 2016, 506.

(16) La mora del creditore è infatti stata esclusa dal legislatore in caso di conversione di un contratto a termine illegittimo prima dall'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, e poi dall'art. 28, d.lgs. n. 81/2015; in materia di licenziamenti, il d.lgs. n. 23/2015 ne ha ulteriormente ridotto il perimetro applicativo: infatti, tranne che in ipotesi residuali, il licenziamento illegittimo estingue il rapporto di lavoro.

(17) Speciale 2016, 26.

(18) Zoppoli 1991, 395 ss.; Treu 1968, 341 ss.; Barassi 1957, 210.

(19) La natura risarcitoria dell'indennità dovuta *ex* art. 18, per come riformato dalla legge Fornero, è stata di recente confermata dalla Corte costituzionale: secondo la Corte, la disposizione di cui al novellato comma 4 dell'art. 18, con il prevedere che il datore di lavoro, in caso

Per corroborare la tesi della permanenza dell'obbligazione retributiva in capo al committente, la Corte fa poi leva sulla giurisprudenza costituzionale in materia di lavoro a termine, e segnatamente sulla sentenza n. 303/2011 (20): la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità dell'art. 32, cc. 5 e 7, che ha introdotto un'indennità risarcitoria forfettaria in caso di conversione del contratto a termine, ha distinto l'arco temporale compreso tra la data del deposito del ricorso e la sentenza da quello posteriore (21). L'indennità di cui all'art. 32 si configura infatti come una penale *ex lege*, che ristora il lavoratore per i pregiudizi intermedi in ragione della nullità del contratto, con la conseguente inapplicabilità al periodo posteriore alla pubblicazione della sentenza: a seguito di tale provvedimento, il datore è infatti obbligato a riammettere in servizio il dipendente e a corrispondergli il trattamento retributivo.

Tanto premesso, la Corte conduce il proprio ragionamento alla luce della teoria generale delle obbligazioni, facendo leva sulle conseguenze della declaratoria giudiziale di nullità di un trasferimento di azienda; fattispecie analoga a quella della sentenza in commento: la Corte parte dal presupposto che in virtù dell'accertamento della nullità (22) del negozio traslativo il rapporto prosegue pacificamente alle dipendenze dell'impresa cedente. In ragione della sopravvivenza del sinallagma genetico, il lavoratore avrà diritto alle retribuzioni *medio tempore* maturate – e non al solo risarcimento del danno (pari alle differenze retributive tra quanto percepito e quanto avrebbe ricevuto dal cedente) – una volta che abbia offerto le proprie energie lavorative mediante l'intimazione di ricevere la prestazione *ex art. 1217 c.c.* (23). Secondo la Corte, nel caso di specie si configura una situazione di *mora credendi*, posto che il datore di lavoro, quale creditore dell'obbligazione lavorativa, non coopera affinché il prestatore possa adempiere all'obbligazione di *facere* dedotta in contratto.

Se quindi gli emolumenti sono dovuti a titolo retributivo e non come risarcimento del danno, ne consegue che il datore non potrà chiedere una riduzione degli stessi eccedendo la detraibilità dell'*aliunde perceptum*, come invece prospettato dal precedente

di inottemperanza all'ordine (immediatamente esecutivo) del giudice che lo condanni a reintegrare il dipendente nel posto di lavoro, sia tenuto a corrispondergli, in via sostitutiva, una «indennità risarcitoria», è del tutto coerente al contesto della fattispecie disciplinata, connotata dalla correlazione di detta indennità a una condotta *contra ius* del datore di lavoro, e non a una prestazione di attività lavorativa da parte del dipendente. Cfr. C. cost. 23.4.2018, n. 86, in *DeGonline*, 4 settembre 2018, con nota di Marino.

(20) Cfr. C. cost. 11.11.2011, n. 303, in *RIDL*, 2012, n. 1, II, con note di Di Paola e Zappalà; in senso conforme, Cass. 12.9.2014, n. 19295, in *DeJure*.

(21) Oggi è invece vigente l'art. 28, c. 2, del d.lgs. n. 81/2015, che ripropone in modo pressoché identico il contenuto dell'art. 32, con l'unica differenza che l'indennità risarcitoria ha come base di calcolo non più l'ultima retribuzione globale di fatto, ma l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

(22) Secondo la giurisprudenza, l'azione che vuole far dichiarare l'invalidità della cessione per violazione dell'art. 2112 c.c. si configura quale azione di nullità *ex art. 1418 c.c.* per contrasto con norme imperative: di recente, cfr. Cass. 6.7.2016, n. 13791, in *DeJure*.

(23) Varie sono le modalità di messa in mora del datore di lavoro ai sensi dell'art. 1217 c.c.: una richiesta per iscritto formulata dal difensore nominato per il giudizio (Cass. 18.5.1995, n. 5482, in *GCM*, 1995, 1028 ss.); il presentarsi sul luogo di lavoro (Cass. 13.3.1997, n. 2232, in *NGiur. Lav.*, 1997, 365 ss.); e, ancora, la notifica del ricorso introduttivo del giudizio (Cass. 10.11.2009, n. 23756, in *GCM*, 2009, n. 11, 1573 ss.).

e consolidato indirizzo di legittimità in materia sia di nullità di trasferimento di azienda (24) sia di interposizione fittizia di manodopera (25).

La configurabilità della mora del creditore, come si legge in motivazione, discende dall'assenza di un *giustificato motivo* di ricevere la prestazione: in tale passaggio, la Corte rinviene il fondamento della *mora credendi* nella violazione delle regole generali di buona fede e correttezza sottese all'esecuzione del rapporto obbligatorio; la mora non viene quindi messa in connessione con l'obbligo di lavorare dell'altra parte – diversamente la retribuzione non sarebbe dovuta *ex art.* 1256 c.c. –, ma è una conseguenza degli obblighi accessori di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., cui è tenuto il datore nell'esercizio dei poteri che trovano fondamento nel contratto di lavoro subordinato (26): attraverso la funzionalizzazione al rispetto della clausola generale della *bona fides*, il potere del soggetto in posizione di supremazia fattuale e formale (gli obblighi di *facere* sono pur sempre incoercibili) riesce a soddisfare non solo l'interesse suo proprio, ma anche quello dell'altra parte (27).

Tanto premesso la Corte, nel solco dell'insegnamento di Ghezzi, salda la prospettiva squisitamente tecnico-giuridica con quella assiologica: l'applicazione dell'istituto della *mora credendi* ha infatti valore deterrente nei confronti del datore, che in difetto del vincolo impostogli dalla legge in relazione all'attività solutoria non avrebbe alcun interesse a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli le retribuzioni. In un'ottica costituzionalmente orientata, la mora è cioè volta a tutelare il diritto del contraente debole a un'esistenza libera e dignitosa conformemente all'art. 36 Cost., e più in generale ad assicurare il rispetto del principio di uguaglianza nei rapporti interprivati (28).

Tuttavia, la Corte non ha applicato l'istituto della *mora credendi* al caso di specie in ragione della normativa settoriale che ne esclude la configurabilità, pervenendo a una soluzione non dissimile a quella del precedente indirizzo interpretativo: infatti, l'art. 29, c. 3-*bis*, del d.lgs. 276/2003, nel rinviare all'art. 27 (vigente all'epoca dei fatti) in materia di somministrazione irregolare, prevede che tutti i pagamenti a titolo retributivo e contributivo effettuati dall'impresa di somministrazione valgono a liberare l'utilizzatore dal debito sino a concorrenza della somma effettivamente pagata.

In chiave sistematica, la Corte ritiene poi che la regola di cui all'abrogato art. 27 sia una specificazione di taluni principi di diritto comune delle obbligazioni, e segnatamente dell'efficacia liberatoria dell'adempimento del terzo *ex art.* 1180 c.c. Quest'ul-

(24) Cfr., *ex plurimis*: Cass. 15.12.2016, S. VI, n. 25933, in *DeJure*; Cass. 27.4.2015, n. 8514, in *De&Gonline*, 28 aprile 2015; Cass. 9.9.2014, n. 18955, in *Ilgiuslavorista.it*, 16 febbraio 2015; Cass. 16.9.2014, n. 19490, in *De&Gonline*, 17 settembre 2014; Cass. 11.9.2014, n. 19218, in *GDir.*, 2014, 47, 51 ss.; Cass. 17.7.2008, n. 19740, in *GCM*, 2008, n. 7-8, 1166 ss.

(25) Cfr. Cass. 15.12.2016, n. 25933, in *DeJure*.

(26) Sulla tesi dell'obbligo di cooperazione datoriale cfr. Mengoni 1954, 574-575; Bellavista 1991, 274. In termini più generali, il fondamento della *mora credendi* nel divieto di *neminem laedere* era già stato rinvenuto da Falzea (1947, 71) e Natoli (1966, 80-81).

(27) Di Majo 2003, 396-397.

(28) Già in precedenti pronunce di legittimità l'applicazione della *mora credendi* al contratto di lavoro era stata giustificata dalla garanzia di diritti della persona costituzionalmente rilevanti: cfr. Cass. 18.5.2012, n. 7963, in *RIDL*, 2013, n. 1, II, 104 ss., con nota di Petrillo: qui la Corte ha ritenuto che l'omissione cooperativa del datore, che lascia in condizione di inattività il dipendente, non solo viola l'art. 2103 c.c., ma anche il «fondamentale diritto al lavoro, inteso soprattutto come mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino».

timo può ben adempiere l'obbligazione se il creditore non ha un apprezzabile interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione; interesse da intendere in senso oggettivo in relazione alle obbligazioni ove rilevino di solito le qualità personali e la competenza tecnica dell'adempiente (29): è pacifico come nel caso in esame il comportamento del terzo dispieghi efficacia solutoria, poiché per il lavoratore è indifferente che il medesimo trattamento retributivo venga erogato dal committente fittizio (debitore) o dall'appaltatore (terzo).

Sempre in chiave sistematica, va osservato come l'art. 614-*bis*, c.p.c., che appronta una tecnica di tutela puntuale in materia di infungibilità delle obbligazioni di fare (30), non osti alla configurabilità della mora del creditore: la previsione codicistica – in virtù della quale il giudice ha il potere, su istanza dell'interessato, di determinare la somma di danaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento – non si applica ai rapporti di lavoro di cui all'art. 409, c. 3, c.p.c.; di primo acchito, pertanto, nella controversia in esame il giudice non potrebbe imporre un'*astreinte* al datore per rafforzare la propria decisione. Tuttavia, l'art. 614-*bis* non si applica al caso di specie se si segue la tesi delle S.U. della *perpetuatio obligationis*: gli emolumenti oggetto del *petitum* non vanno corrisposti né a titolo di danno punitivo capace di indurre il debitore a preferire l'adempimento spontaneo, né a titolo di risarcimento del danno conseguente al ritardo nell'esecuzione della sentenza, ma semplicemente come controprestazione dell'originario sinallagma contrattuale.

5. — *Uno scenario incerto: l'ordinanza della Corte d'Appello di Roma e i profili di legittimità costituzionale* — A una prima lettura, non è dato dubitare della correttezza tecnico-giuridica della sentenza delle Sezioni Unite: il giudicante si muove nel solco di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 29, c. 3-*bis*, che riconosce in conseguenza della *mora credendi* il diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni in presenza di interposizione fittizia di manodopera, pena la violazione degli artt. 3, 36 e 41, c. 2, Cost. La *mora credendi* del reale datore di lavoro non è tuttavia assoluta, in ragione di un'interpretazione sistematica del dettato normativo alla luce dell'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003, abrogato ma vigente all'epoca dei fatti.

Ulteriore conseguenza sistematica della sentenza sarebbe quella del diritto del lavoratore ceduto a percepire la retribuzione dal cedente, una volta dichiarato nullo il negozio traslativo ex art. 2112 c.c. e messo in mora il cedente stesso ai sensi dell'art. 1217 c.c.: in materia di trasferimento di azienda non vi è infatti una norma speciale come quella di cui all'art. 27. Una suggestiva ricostruzione è stata di recente offerta dalla Corte d'Appello di Roma, che, pochi mesi prima che intervenissero le S.U. (31), ha sollevato questione di legittimità costituzionale proprio in merito alla giurisprudenza della Cassazione (32) resa ai sensi degli artt. 1206, 1207, 1217 e 2112 c.c., secondo cui le somme spettanti al lavoratore in caso di nullità del trasferimento di azienda hanno natura risarcitoria e non retributiva, con conseguente detraibilità dell'*aliunde perceptum*.

(29) Bianca 2005, 284.

(30) Per un commento all'art. 614-*bis* c.p.c. cfr. Mandrioli 2017, 206-209.

(31) L'ordinanza è stata pubblicata in *GU*, I serie speciale, n. 6 del 7.2.2018.

(32) Vd. nota 20.

Anche in tal caso la soluzione proposta è stata modellata sui principi generali del codice civile: se il negozio traslativo *ex art.* 2112 c.c. viene dichiarato nullo, il rapporto di lavoro è ricostituito *ex tunc* alle dipendenze del cedente, in assenza di un valido consenso del lavoratore quale contraente ceduto a permanere alle dipendenze del cessionario. Tanto premesso, osserva la Corte d'Appello, il rapporto intercorrente *de facto* tra lavoratore ceduto e impresa cessionaria – quale corollario della sentenza dichiarativa della nullità della cessione – è sussumibile nell'alveo dell'art. 2126 c.c.: pertanto, le retribuzioni corrisposte dal cessionario al lavoratore vengono a costituire una prestazione di fatto in violazione di legge, rispetto alla quale viene esclusa ogni ripetibilità.

Nel contempo, il cedente, in ragione della ricostituzione del sinallagma, sarà obbligato a erogare il trattamento retributivo originariamente dedotto in contratto, a nulla rilevando quanto corrisposto al ceduto dal cessionario in ragione dell'operatività dell'art. 2126 c.c. In caso contrario, il lavoratore potrà costituire in mora *ex art.* 1217 c.c. il cedente, quale tecnica di tutela residuale in difetto di specifiche norme regolanti l'ingiustificata omissione cooperativa del creditore.

La questione di legittimità costituzionale contenuta nell'ordinanza di rimessione potrebbe sia ritenersi superata alla luce del mutamento del «diritto vivente», sia essere accolta dal giudice delle leggi; in entrambi i casi si porrebbero ulteriori profili di legittimità costituzionale, come sottolineato dalla più recente dottrina (33): sulla base del nuovo indirizzo ermeneutico, a fronte di analoghe ipotesi di nullità in materia di esternalizzazioni, vi sarebbero diverse tecniche di tutela approntate dall'ordinamento giuridico.

Infatti, in relazione al distacco e all'appalto irregolari, gli articoli 30, c. 4-*bis*, e 29, c. 3-*bis*, del d.lgs. n. 276/2003 rinviano all'abrogato art. 27 del d.lgs. n. 276/2003 in materia di somministrazione irregolare, che specifica il generale principio codicistico dell'efficacia liberatoria dell'adempimento del terzo sino alla concorrenza della somma effettivamente pagata. Tale principio è stato di recente ribadito dall'art. 38, c. 3, del d.lgs. n. 81/2015, regolante proprio la somministrazione irregolare, che in un'ottica di razionalità pratica dovrebbe sostituire l'abrogato art. 27 nell'articolato meccanismo di rinvii legislativi (34). Tuttavia, in materia di nullità di trasferimento di azienda o di ramo di azienda *ex art.* 2112 c.c. non vige un'analogia regolamentazione; al contrario, in tale ipotesi, sulla base del nuovo indirizzo interpretativo, i lavoratori che continuassero a lavorare alle dipendenze del cessionario o altrove percependo il trattamento salariale avrebbero altresì diritto alla retribuzione da parte del cedente, senza che operi alcun meccanismo compensativo (ovvero la detraibilità dell'*aliunde perceptum*).

In ultima analisi, la sentenza delle S.U. in commento, e a maggior ragione se la Corte costituzionale ritenesse fondate le argomentazioni della Corte d'Appello di Roma, aprirebbe a forme di tutela differenziate potenzialmente lesive del principio costituzionale di eguaglianza nella sua variante retributiva: si verrebbe dunque a creare una contrapposizione di massima tra distacco, appalto e somministrazione irregolari,

(33) Marinelli 2018.

(34) Nell'attuale versione sia l'art. 30, c. 4-*bis*, sia l'art. 29, c. 3-*bis*, del d.lgs. n. 276/2003 continuano a rinviare all'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003.

da un lato, e trasferimento di azienda nullo, dall'altro, senza che vi sia una ragionevole giustificazione della diversa tecnica rimediale. La palla dovrebbe forse passare al legislatore, che in un'ottica di ricostruzione unitaria ben potrebbe generalizzare il principio di diritto pretorio espresso dalle S.U. a tutti i fenomeni di esternalizzazione, oppure estendere il meccanismo dell'efficacia liberatoria dell'adempimento del terzo anche al trasferimento di azienda.

Riferimenti bibliografici

- Addante A. (2017), *Della mora del creditore*, in Schlesinger P., Busnelli F. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1 ss.
- Balletti E. (1990), *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligo di lavoro*, Cedam, Padova.
- Barassi L. (1957), *Elementi di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Bellavista A. (1991), *Sciopero e mora del creditore di lavoro*, in RGL, II, 263 ss.
- Bianca C.M. (2005), *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano.
- Bigliazzi Geri L. (1988), voce *Mora del creditore*, in EGT, XX, Treccani, Roma, 1 ss.
- Cattaneo G. (1973), *Della mora del creditore. Art. 1206-1217*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1 ss.
- Cattaneo G. (1988), voce *Mora del creditore*, in DDPCiv., XI, Utet, Torino, 432 ss.
- Di Majo A. (2003), *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano.
- Falzea A. (1947), *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Giuffrè, Milano.
- Gazzoni F. (2013), *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Ghera E., Liso F. (1977), voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, in ED, vol. XXVI, Giuffrè, Milano, 977 ss.
- Ghezzi G. (1965), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Mandrioli C., Carratta A. (2017), *Diritto processuale civile*, IV, *L'esecuzione forzata, i procedimenti sommari, cautelari e camerali*, Giappichelli, Torino.
- Marinelli M. (2018), *Mora del datore di lavoro e risarcimento del danno nella somministrazione illecita*, in LG, 704 ss.
- Mazzamuto S. (1976), *L'incoercibilità degli obblighi di fare*, Stampatori tipografici associati, Palermo.
- Mengoni L. (1954), *In tema di «mora credendi» nel rapporto di lavoro*, in «Temi» – *Rivista di giurisprudenza italiana*, 570 ss.
- Natoli U. (1966), *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Giuffrè, Milano.
- Nivarra L. (2011), *Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Giappichelli, Torino.
- Speziale V. (1992), *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari.
- Speziale V. (2016), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro di Giorgio Ghezzi*, in LD, XXX, n. 3, 501 ss.
- Treu T. (1968), *Onerosità e corrispettività nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Zoppoli L. (1991), *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.

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

I

CASSAZIONE, 16.1.2018, n. 836 – Pres. Di Cerbo, Est. Boghetich, P.M. Sanlorenzo (conf.) – P.S. & figli Spa (avv.ti Alliegro, Aragiusto) c. F.M. (avv.ti Pucci, Calvani, Stramaccia).
Cassa Corte d'Appello di Firenze, 5.6.2014.

Mansioni e qualifica – Demansionamento – Eccezione di inadempimento – Assenza ingiustificata – Licenziamento legittimo.

In caso di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori rispetto alla qualifica di appartenenza, il lavoratore non può rendersi totalmente inadempiente alla prestazione sospendendo ogni attività lavorativa, ove il datore di lavoro assolve a tutti gli altri propri obblighi (pagamento della retribuzione, copertura previdenziale e assicurativa, assicurazione del posto di lavoro). (1)

II

TRIBUNALE VICENZA, 13.2.2018, S. I civ., ord. – Est. Campo – F.B. c. Acciaierie Valbruna Spa.

Trasferimento del lavoratore – Discriminazione – Eccezione di inadempimento – Art. 1460 c.c. – Assenza ingiustificata – Nullità del licenziamento.

Il lavoratore può legittimamente astenersi dalla prestazione lavorativa in via di autotutela tutte le volte in cui l'inadempimento del datore di lavoro sia tanto grave da incidere in maniera irrimediabile sulle esigenze vitali del lavoratore medesimo. (2)

(1-2) LIMITI ALL'AUTOTUTELA DEL LAVORATORE EX ART. 1460 C.C.

1. — Le pronunce in epigrafe si collocano nell'ambito del dibattito relativo all'ampiezza dell'autotutela dei lavoratori per il tramite dell'art. 1460 c.c., a fronte di comportamenti inadempienti del datore di lavoro.

Dal punto di vista civilistico, l'art. 1460 c.c. reca la disciplina dell'eccezione di inadempimento e dispone che, nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se la controparte è inadempiente.

L'istituto in esame dà luogo a una forma di autotutela sinallagmatica (Bianca 1994, 339; Bigliazzi 1991, 331; Benedetti 2011) che non è, peraltro, illimitata, perché, a norma del comma 2 dell'art. 1460 c.c., il rifiuto non può essere contrario alla buona fede.

Come è noto, l'eccezione di inadempimento trova applicazione anche al contratto di lavoro (Ferrante 2004, 343; Marazza 2012, 1318; Voza 2015, 13), in quanto pacificamente ritenuto quale contratto sinallagmatico (Santoro Passarelli 1993, 159; Vallebona 1995, 117).

Dal punto di vista operativo, si tratta di un'eccezione di parte opponibile sia in sede giudiziale che stragiudiziale, con funzione dilatoria o sospensiva, implicando un rifiuto temporaneo allo svolgimento dell'attività lavorativa e presupponendo la possibilità che la parte cui viene opposto possa ancora adempiere, ripristinando il regolare funzionamento del sinallagma contrattuale.

Il principio generale invocato dalla costante giurisprudenza di legittimità lavoristica in materia di art. 1460 c.c. è quello per cui il giudice, ove venga proposta dalla parte l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum*, deve procedere a una valutazione comparativa degli opposti adempimenti avuto riguardo anche alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse. Di talché, qualora sia rilevato che l'inadempimento della parte nei cui confronti è opposta l'eccezione non è grave ovvero ha scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte, deve ritenersi che il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non sia in buona fede e, quindi, non sia giustificato (Cass. 16.5.2006, n. 11430).

Deve, poi, considerarsi che quando il lavoratore invoca il rimedio di cui all'art. 1460 c.c., sospendendo, dunque, lo svolgimento dell'attività lavorativa a fronte di un asserito inadempimento datoriale, corre il rischio di subire un provvedimento disciplinare per inadempimento, che può sfociare finanche in un licenziamento (Riccobono 2010, 121 ss.; Dell'Olio 1988, 1 ss.).

Tale situazione si è, appunto, verificata nei casi affrontati dalle pronunce in commento, in cui il lavoratore, avendo eccepito l'inadempimento datoriale, era stato, poi, licenziato per assenza ingiustificata.

Per evitare conseguenze disciplinari, il lavoratore può decidere di impugnare l'inadempimento datoriale promuovendo un giudizio in sede cautelare, come alternativa all'eccezione di cui all'art. 1460 c.c.

A tal proposito, ci si deve interrogare in merito ai limiti dell'operatività dell'autotutela del lavoratore per il tramite dell'eccezione di inadempimento rispetto alla possibilità per il lavoratore di intraprendere un'azione cautelare, così come anche suggerito dalla stessa pronuncia della Corte di Cassazione che qui si commenta.

In via generale, il giudizio cautelare e l'eccezione di inadempimento hanno in comune la stessa finalità di preventiva tutela del diritto (Frenda 2016, 721), sebbene questa venga ottenuta, nel primo caso, passando per il vaglio giudiziale, mentre, nel secondo, anche in via stragiudiziale.

Dall'analisi della giurisprudenza in materia, emerge che il lavoratore sia legittimato a rifiutare immediatamente l'adempimento della prestazione lavorativa – senza dunque attendere i tempi, seppur celeri, di un giudizio cautelare – solo qualora l'inadempimento datoriale sia tanto grave da incidere in maniera irrimediabile sulle esigenze vitali del lavoratore.

La selezione del tipo di inadempimento legittimante l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. da parte del lavoratore diventa, dunque, una problematica oltremodo rilevante per la materia in esame.

Nella prassi, la giurisprudenza tende a ritenere giustificato il temporaneo rifiuto del lavoratore a rendere la prestazione lavorativa laddove si tratti di inadempimenti datoriali relativi all'art. 2087 c.c., qualora, dunque, sia agevole ritenere la gravità dell'inadempimento datoriale, in virtù della rilevanza e della natura del bene protetto (Cass. 19.1.2016, n. 836 in *DRI*, con nota di Ferrante; Cass. 1.4.2015, n. 6631; Cass. 7.5.2013, n. 10553; Cass. 12.8.2012, n. 14375; Cass. 18.5.2006, n. 11664).

Con riferimento a inadempimenti datoriali relativi ad altri obblighi, la giurisprudenza si mostra più oscillante nella valutazione di legittimità o meno dell'eccezione di inadempimento da parte del lavoratore, e ciò sulla base di diverse argomentazioni, che possono essere analizzate alla luce delle due pronunce in commento.

In primo luogo, l'ordinanza del Tribunale di Vicenza ha affrontato un caso relativo al trasferimento di sede lavorativa di una lavoratrice, la quale, ritenendolo illegittimo, aveva rifiutato lo svolgimento della prestazione lavorativa. Il giudice ha ritenuto il provvedimento datoriale discriminatorio e, conseguentemente, ha dichiarato nullo il licenziamento per assenza ingiustificata subito dalla ricorrente, essendosi trattato del trasferimento dell'unica lavoratrice madre di una figlia minore in una platea di dodici possibili lavoratori ed essendo stato posto in essere in assenza di ragioni oggettive per la scelta di tale lavoratrice.

In via generale, in tema di trasferimento, la giurisprudenza tende a ritenere giustificato il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa nella nuova sede, sulla base di una valutazione relativa alla sussistenza o meno dei requisiti di validità del provvedimento di trasferimento stesso: laddove, dunque, il trasferimento non risulti sorretto da sufficienti ragioni tecniche, organizzative e produttive, in violazione dell'art. 2103 c.c., si ritiene che il lavoratore possa invocare l'art. 1460 c.c. (Cass. 26.9.2016, n. 18866; Cass. 29.2.2016, n. 3959; Cass. 3.11.2015, n. 22421; Cass. 14.7.2014, n. 16087, con nota di Azzoni in *DRI*, 2015, n. 2, 497; Cass. 16.5.2013, n. 11927, con nota di Sambati, in *GI*, 2014, n. 4, 927; Cass. 5.12.2017, n. 29054, in *DeG*, 2017, 198, 4 ss., con nota di Leverone; si veda anche Papetti 2015).

In altre pronunce, la giurisprudenza dà rilevanza altresì alle motivazioni in base alle quali il lavoratore si oppone al trasferimento di sede lavorativa: si può menzionare, in proposito, un caso in cui la Corte di Cassazione ha ritenuto legittimo il rifiuto del lavoratore al trasferimento, motivato sull'assunto che dovesse assistere il genitore invalido, dovendosi garantire la piena tutela della continuità delle relazioni costitutive della personalità di soggetti deboli, nonché la coerenza nella salvaguardia della posizione del lavoratore in considerazione della sua concreta situazione familiare (Cass. 3.11.2015, n. 22421).

In tale contesto interpretativo si inserisce la pronuncia in commento del Tribunale di Vicenza, in cui, se, da un lato, il giudice ha ritenuto sussistenti le ragioni che avevano condotto la società a disporre il trasferimento, dall'altro, invero, ha giudicato discriminatoria la circostanza che la scelta del dipendente da licenziare fosse ricaduta proprio sull'unica lavoratrice madre di una figlia minore, in violazione del suo diritto fondamentale alla genitorialità, tutelato sia a livello costituzionale (Cfr. art. 37 Cost.) che comunitario (Cfr. Direttiva n. 85/1992/Ce). Nel ragionamento sotteso alla decisione in esame, viene data, dunque, primaria importanza alla rilevanza del diritto leso dal provvedimento datoriale, per la cui difesa si considera, dunque, proporzionato e conforme a buona fede il rimedio di cui all'art. 1460 c.c.

In secondo luogo, la pronuncia della Corte di Cassazione in commento ha a oggetto un caso di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori rispetto a quelle di assegnazione *ex art.* 2103 c.c., a fronte della quale il dipendente, eccetto l'inadempimento datoriale, era rimasto assente dal posto di lavoro; circostanza da cui era derivato il suo licenziamento per assenza ingiustificata.

La Cassazione ha sostenuto che, a seguito di demansionamento, il lavoratore non può rendersi totalmente inadempiente alla prestazione sospendendo ogni attività lavorativa, ove il datore di lavoro assolva a tutti gli altri propri obblighi, potendo una parte invocare l'art. 1460 c.c. soltanto se l'altra parte è totalmente inadempiente.

A tal proposito, la Corte di Cassazione, nel ritenere non proporzionata la condotta del lavoratore rispetto all'inadempimento datoriale, ha aderito all'orientamento della giurisprudenza di legittimità in base al quale il rifiuto della prestazione lavorativa costituisce una legittima forma di autotutela nel caso in cui un inadempimento del datore di lavoro sia tale da compromettere interessi fondamentali del lavoratore (Cass. 30.11.2016, n. 24459; Cass. 19.1.2016, n. 831; Cass. 7.5.2013, n. 10553).

Sulla casistica relativa all'eccezione di inadempimento in tema di mansioni, in giurisprudenza è stato ritenuto che al lavoratore non sia consentito rifiutarsi di espletare l'attività lavorativa, avendo invece la facoltà di agire in giudizio per la riconduzione delle mansioni alla qualifica posseduta (Cass. 19.1.2016, n. 831; Cass. 21.5.2015, n. 10468; in dottrina: Auriemma 2015, 2688 ss.; Corti 2008, 1182 ss.; Greco 2008, 941 ss.; Tullini 1992, 947 ss.). Tale ricostruzione si basa sull'assunto per cui il lavoratore ha l'obbligo di procedere all'esecuzione dell'attività nell'osservanza degli artt. 2086 e 2104 c.c.

Sembra, dunque, che sia la giurisprudenza di legittimità stessa a suggerire che alcuni interessi del lavoratore non possono essere invocati per esercitare legittimamente l'eccezione di inadempimento, ben potendo, comunque, trovare una tutela in via giudiziale.

La pronuncia della Corte di Cassazione in commento rispecchia, dunque, l'orientamento prevalente in materia, laddove si ritiene che il lavoratore, per opporsi al demansionamento, avrebbe dovuto agire in giudizio in via cautelare.

Nella concezione della giurisprudenza maggioritaria – confermata dalle due pronunce in commento – è, dunque, la rilevanza del diritto del lavoratore, che verrebbe leso dall'inadempimento datoriale, a fondare il parametro rispetto a cui valutare la proporzionalità del rifiuto a svolgere la prestazione lavorativa *ex art.* 1460 c.c.

Orbene, tanto esposto, sembra giusto interrogarsi sulla condivisibilità o meno di tali ricostruzioni interpretative. Un punto problematico potrebbe essere individuato nel grado di discrezionalità a disposizione del giudicante nella valutazione della gravità dell'inadempimento datoriale tale da legittimare l'eccezione di inadempimento da parte del lavoratore, rispetto alle altre tipologie di inadempimento per le quali deve ricorrersi alla via giudiziale.

Si tratta, infatti, di giudizi a base casistica, in cui è difficile comprendere la *ratio* per la diversità di tutela accordata a fronte di inadempimenti datoriali riguardanti interessi comunque rilevanti del lavoratore.

Deve essere, invero, riconosciuto che il necessario bilanciamento, tipico del diritto del lavoro, tra le esigenze del datore di lavoro e quelle del lavoratore, in mancanza di indicazioni legislative più stringenti, per la materia in esame può essere condotto solo in sede giudiziale, avendo riguardo alle specificità del caso concreto, pur a discapito della certezza del diritto.

Riferimenti bibliografici

- Auriemma S. (2015), *L'eccezione d'inadempimento in risposta al ritenuto demansionamento*, in *GI*, n. 12, 2688 ss.
- Azzoni M. (2015), *Presupposti e limiti del potere di trasferimento contestuale alla riammissione in servizio del lavoratore*, in *DRI*, n. 2, 497 ss.
- Benedetti A.M. (2011), *Le autodifese contrattuali*, Giuffrè, Milano.
- Bianca C.M. (1994), *La responsabilità*, in Bianca C.M. (a cura di), *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 339 ss.
- Bigliazzi Geri L. (1991), *Eccezione di inadempimento*, in *DDP*, n. 7, 331 ss.
- Corti M. (2008), *La difficile ricerca della flessibilità funzionale: equivoci della Cassazione su demansionamento ed eccezione di inadempimento*, in *ADL*, n. 4-5, II, 1182 ss.
- Dell'Olio M. (1988), voce *Autotutela (Diritto del lavoro)*, in *EGT*, 20, 1 ss.
- Ferrante V. (2004), *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004.
- Ferrante V. (2016), *Ancora in tema di eccezione di inadempimento nel contratto di lavoro subordinato (ovvero quando la mora credendi è invocata a sproposito)*, in *DRI*, n. 3, 838 ss.
- Frenda D.M. (2016), *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, in *EDP*, n. 3, 721 ss.
- Greco M.G. (2008), *Demansionamento e clausole di fungibilità. Danni risarcibili, oneri probatori e profili di autotutela*, in *ADL*, I, 941 ss.
- Leverone I. (2017), *Non può essere licenziato il lavoratore che si oppone al trasferimento illegittimo*, in *D&G*, 198, 4 ss.
- Marazza M. (2012), *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in Marazza M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Tomo secondo. Diritti e obblighi*, Cedam, Padova, 1318 ss.
- Papetti C. (2015), *Sull'eccezione di inadempimento nel rapporto di lavoro*, in *Ilgiuslavorista.it*, 8 luglio.
- Riccobono A. (2010), *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, in *RIDL*, n. 1, I, 121 ss.
- Sambati S. (2014), *Il potere direttivo del datore di lavoro, l'obbedienza dovuta dal prestatore e l'autotutela individuale: quando «disobbedire» è giustificato*, in *GI*, n. 4, 927 ss.
- Santoro Passarelli F. (1983), *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 159.
- Tullini P. (1992), *Poteri privati dell'imprenditore ed esercizio di autotutela contrattuale*, in *RIDL*, n. 2, II, 947 ss.
- Vallebona A. (1995), *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova, 1995, 117.
- Viceconte M. (2018), *Lavoro subordinato – Adempimento e inadempimento delle prestazioni nel contratto di lavoro subordinato*, in *GI*, n. 4, 910 ss.
- Voza R. (2015), *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, in *RIDL*, n. 1, III, 13 ss.

Giulia Cassano

Tirocinante presso il Tribunale di Milano, Sezione lavoro

CASSAZIONE, 27.12.2017, n. 30985, S.U. – Pres. Canzio, Est. Berrino, P.M. Fuzio (diff.) – Banca Monte dei Paschi di Siena Spa (avv.ti C. Scognamiglio, R. Scognamiglio) c. C.M. (avv.ti Giorgio, Casini, Pluderi). Cassa Corte d'Appello di Firenze, 2.7.2015.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Contestazione – Correttezza e buona fede – Tardività – Reintegrazione – Esclusione – Risarcimento del danno – Tutela indennitaria forte – Art. 18, c. 5, St. lav.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Tardività della contestazione disciplinare – Rilievo sostanziale – Insussistenza della giusta causa.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Tardività della contestazione disciplinare – Correttezza e buona fede – Violazione – Tutela indennitaria forte – Art. 18, c. 5, St. lav.

La dichiarazione giudiziale di illegittimità del licenziamento disciplinare conseguente all'accertamento di un ritardo notevole e non giustificato della contestazione dell'addebito posto a base dello stesso provvedimento di recesso comporta l'applicazione della sanzione dell'indennità come prevista dal c. 5 dell'art. 18 St. lav. (1)

La mancanza di tempestività della contestazione disciplinare non ha un rilievo esclusivamente procedurale, ma ha carattere sostanziale, perché può far ritenere che il datore di lavoro voglia soprassedere al licenziamento ritenendo non grave o comunque non meritevole della massima sanzione la colpa del lavoratore o in quanto costituisce una dichiarazione implicita, per facta concludentia, dell'insussistenza in concreto di alcuna lesione del suo interesse quale creditore della prestazione. (2)

La violazione della regola della immediatezza della contestazione disciplinare costituisce violazione dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., con la conseguenza che, sussistendo l'inadempimento posto a base del licenziamento ma non essendo tale provvedimento preceduto da una tempestiva contestazione disciplinare in violazione dei principi indicati, va applicato il c. 5 dell'art. 18 St. lav. (3).

(1-3) LICENZIAMENTO DISCIPLINARE E TARDIVITÀ DELLA CONTESTAZIONE:
LA «TERZA VIA» DELLA CORTE DI CASSAZIONE (*)

SOMMARIO: 1. Il caso sottoposto alla Corte. — 2. Il principio dell'immediatezza della contestazione. — 3. La tesi del vizio procedurale. — 4. La nullità del licenziamento: critica. — 5. La tardività come vizio sostanziale che non rende insussistente il fatto contestato. — 6. La «terza via» della Cassazione. — 7. Le ricadute in materia di contratto a tutele crescenti.

1. — *Il caso sottoposto alla Corte* — Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza in esame, hanno risolto il contrasto di giurisprudenza, ritenuto di «massima importanza» dalla stessa ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (1), relativo alla sanzione da applicare, a seguito della riforma dell'art. 18 St. lav., in presenza di un licenziamento disciplinare ritenuto illegittimo per violazione del principio di immediatezza della contestazione (2).

Il caso deciso dalla Corte, infatti, riguarda il licenziamento di un lavoratore al quale erano stati contestati inadempimenti contrattuali connotati da una particolare gravità, ma a distanza di circa due anni dalla loro commissione. Il recesso era stato impugnato soltanto sotto il profilo della sua tardività rispetto alla commissione degli addebiti, e pertanto i comportamenti del lavoratore sono stati ritenuti pacifici tra le parti, senza necessità di procedere all'istruttoria.

I giudici del merito, nei diversi gradi del giudizio, hanno ritenuto illegittimo il licenziamento per violazione del principio dell'immediatezza, ma hanno assunto decisioni tra di loro differenti con riferimento alle conseguenze sanzionatorie. Il giudice della fase sommaria, infatti, aveva ritenuto di accogliere la domanda di reintegrazione sul posto di lavoro, in ragione dell'argomento secondo cui un fatto tardivamente contestato deve essere valutato giuridicamente insussistente (3). Il Tribunale, poi, a seguito dell'opposizione proposta dal datore di lavoro, ha qualificato il difetto di tempestività come un vizio procedurale, riconoscendo al lavoratore la tutela indennitaria debole prevista dal sesto comma dell'art. 18 (4). La Corte d'Appello, invece, nel riformare la sentenza di primo grado, ha ritenuto di dover disporre la reintegrazione del lavoratore, valutando l'eccessivo spazio di tempo intercorso tra la conoscenza dell'illecito e la contestazione di avvio del procedimento disciplinare come una inerzia significativa della rinuncia del datore di lavoro all'esercizio del diritto potestativo di recesso, con la conseguente nullità del licenziamento per giusta causa.

La Cassazione, chiamata a decidere la controversia, ha rimesso alle Sezioni Unite il compito di individuare, appunto, quale sia il regime sanzionatorio da applicare in questo caso.

(*) Il commento alla sentenza è frutto di una riflessione comune. Tuttavia, i paragrafi 1 e 2 sono ascrivibili a Valerio Speciale, e gli altri paragrafi a Enrico Raimondi.

(1) Cass. n. 10159/2017, ord. — Est. Curcio. Cfr. Caruso 2017, 56 ss.; De Mozzi 2017, 1108 ss.; Del Punta 2017, 119 ss.; Tullini 2017, 101 ss.

(2) Per un primo commento alla sentenza, cfr.: Del Punta 2017, 122 ss.; Ghinoy 2018; Terzi 2018.

(3) Così come è stato sostenuto anche da Cass. 31.7.2017, n. 2513.

(4) In adesione a quanto affermato da Cass. 9.7.2015, n. 14324.

È evidente, infatti, che, a seguito del venire meno dell'«uniformità sanzionatoria dell'art. 18» (5) e della previsione di una pluralità di tutele da riconoscere a seconda del vizio che ha inficiato la legittimità dell'atto di recesso, il compito dell'interprete non è agevole e potrebbe essere diretto, talvolta, ad aumentare il più possibile gli spazi per la tutela reintegratoria, seppur nella sua versione depotenziata (6).

In particolare, come è noto, è proprio con riferimento al licenziamento disciplinare che si registrano ancora tesi tra di loro contrastanti. Si possono soltanto ricordare, senza dover approfondire ulteriormente la questione che ha diviso maggiormente gli studiosi, le differenti posizioni in ordine all'interpretazione dell'«insussistenza del fatto contestato» (7). In tale ambito, infatti, sono state espresse tesi differenti e ci si è chiesti se, nella valutazione della sussistenza o meno dell'addebito disciplinare, sia necessario considerare elementi ulteriori rispetto alla mera condotta materiale, compresi i presupposti stessi dell'esercizio legittimo del potere disciplinare.

In questo contesto, era inevitabile che si determinasse una pluralità di opinioni anche con riferimento alla violazione del principio di immediatezza della contestazione disciplinare. L'interrogativo che si è posto, infatti, è se esso deve essere considerato come un vizio procedurale o sostanziale del licenziamento (8). La questione non è di poca importanza, dal momento che, nel primo caso, la tutela da riconoscere al lavoratore è quella prevista dal sesto comma dell'art. 18; nel secondo caso, invece, le soluzioni proposte sono differenziate. Considerato il vizio sotto il profilo sostanziale, alcuni interpreti ritengono che la tardività della contestazione rende insussistente, ai fini disciplinari, il comportamento del lavoratore, con il conseguente riconoscimento della tutela reintegratoria debole, mentre altri, invece, sostengono la applicabilità della tutela indennitaria di cui al quarto comma dell'art. 18 (9).

In verità, proprio le argomentazioni dei giudici di merito e le differenti soluzioni adottate dalla stessa Cassazione dopo il 2012 (10) dimostrano che il tema è molto complesso.

La decisione in esame, come si vedrà, ha risolto questo contrasto interpretativo con una soluzione originale, sostenuta a seguito di una interpretazione sistematica sia dell'art. 7 sia dell'art. 18 St. lav. La Corte, infatti, ha seguito una strada differente dal binomio vizio sostanziale/vizio procedurale e ha percorso una «terza via» che porta a concludere che la violazione del principio dell'immediatezza, oltre a non rappresentare un vizio meramente procedurale, determina l'illegittimità del licenziamento a prescindere dalla valutazione del fatto posto a suo fondamento.

2. — *Il principio dell'immediatezza della contestazione* — È bene precisare, prima di entrare nel merito del contenuto della decisione, che la sentenza si colloca nel-

(5) Tosi, Puccetti 2017, 1914. Uniformità sanzionatoria ritenuta «iniqua» da Pisani (2015, 107).

(6) Cfr. Magnani 2013, 779 ss.

(7) Il dibattito è molto noto e consente di non considerare tutti i saggi in materia. Ci si limita, pertanto, a rinviare, tra gli ultimi, a Giubboni, Colavita 2017.

(8) Come ricorda la stessa sentenza in commento.

(9) Tosi, Puccetti 2017.

(10) Cfr. De Mozzi (2017, 1108), che ricorda le diverse interpretazioni adottate dalla Cassazione.

l'orientamento della giurisprudenza di merito e di legittimità che si è formato dopo l'entrata in vigore della legge n. 300/1970. Tale interpretazione desume il principio dell'immediatezza della contestazione disciplinare dall'art. 7 St. lav., riletto in conformità ai canoni generali di correttezza e buona fede che devono essere rispettati nel caso di esercizio del potere disciplinare (11). In proposito, la Corte ha ribadito che, sebbene la disposizione non lo enunci espressamente, «l'obbligo della contestazione tempestiva dell'addebito rientra nel procedimento disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970» e il principio di tempestività «può risiedere anche in esigenze più importanti del semplice rispetto delle regole, pure esse essenziali, di natura procedimentale, vale a dire nella necessità di garantire al lavoratore una difesa effettiva e di sottrarlo al rischio di un arbitrario differimento dell'inizio del procedimento disciplinare» (12).

L'art. 7 della legge n. 300 del 1970, quindi, ha una natura bivalente. Esso, nella misura in cui impone di seguire un determinato procedimento prima di irrogare la sanzione, assume, in primo luogo, una funzione procedurale. Tuttavia, dal momento che la disposizione è posta a tutela dell'esigenza di difesa del lavoratore incolpato, inevitabilmente lesa se la reazione datoriale dovesse manifestarsi a distanza di molto tempo dall'inadempimento contrattuale che giustifica l'esercizio del potere disciplinare, essa assume una connotazione che incide sulla legittimità stessa dell'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro. Il che spiega la differenza sostanziale tra gli altri vizi procedurali che giustificano l'applicazione della tutela obbligatoria debole di cui all'art. 18, sesto comma (13).

È il caso di precisare che la decisione della Corte non incide sull'indirizzo, ormai consolidato, che impone di valutare il principio di immediatezza in senso relativo. In sostanza, è necessario tenere conto di quando il datore di lavoro ha avuto effettivamente cognizione della condotta illecita del dipendente, e non di quando essa sia stata realizzata (14). Tra la commissione del fatto e l'avvenuta conoscenza, infatti, può trascorrere più o meno tempo, in ragione delle dimensioni e dell'organizzazione aziendale, della gravità degli addebiti e della oggettiva complessità del loro accertamento (15). Questo spiega perché si è affermato che la tardività della contestazione può rappresentare un motivo di illegittimità del licenziamento soltanto qualora il trascorrere del tempo ha effettivamente ostacolato l'esercizio del diritto di difesa del lavoratore incolpato (16). In ragione di tale principio, molte decisioni hanno ritenuto che il lavoratore deve allegare fatti e circostanze dalle quali poter desumere che il tempo trascorso dalla commissione dei fatti gli abbia impedito una effettiva difesa nell'ambito del procedimento disciplinare. Come si vedrà, il principio espresso dalla sentenza in esame indurrà, inevitabilmente, a modificare questo tipo di orientamento, per le ragioni che saranno esaminate.

(11) Le sentenze che affermano questo principio sono numerose; tra le più recenti, cfr. Cass. 8.2.2011, n. 3043; Cass. 13.2.2012, n. 1995; Cass. 21.3.2014, n. 6715.

(12) Principio già sostenuto da Cass. 27.6.2013, n. 16227; Cass. 27.2.2014, n. 4724; Cass. 11.4.2016, n. 7031.

(13) Su cui cfr. Pisani 2015, 109 ss.

(14) Cass. 4.12.2017, n. 28974.

(15) Cass. 15.6.2016, n. 12337; Cass. 25.1.2016, n. 1248; Cass. 12.1.2016, n. 281.

(16) Cass. 16.5.2000, n. 6348; Cass. 26.5.2000, n. 6925.

La sentenza non affronta il problema del rispetto del principio della immediatezza anche con riferimento al momento in cui il datore di lavoro decide di irrogare la sanzione, soprattutto quando essa si traduce nella volontà di interrompere definitivamente il rapporto. In questo caso, gli argomenti che inducono a ritenere illegittimo il licenziamento possono essere differenti e ulteriori da quelli appena esaminati, dal momento che la contestazione degli addebiti può essere effettuata con tempestività, ma non l'irrogazione del provvedimento sanzionatorio. Si pensi al datore di lavoro che decida di irrogare il licenziamento a distanza di molto tempo dall'esame delle giustificazioni rese dal dipendente. Questa inerzia, invero, può essere considerata sia come un indice rilevatore del venir meno dell'interesse datoriale ad adottare il provvedimento espulsivo sia come elemento che dimostra l'insussistenza della giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. o del giustificato motivo soggettivo (17). La tardività nell'irrogazione del licenziamento, in sostanza, così come nell'apertura del procedimento disciplinare, dimostra che l'inadempimento del dipendente non è così grave da non consentire la prosecuzione neppure temporanea del rapporto e, comunque, che esso non è così importante da indurre il datore di lavoro a risolvere definitivamente il rapporto (18).

Differente, inoltre, è l'ipotesi in cui il datore di lavoro, nel tempo intercorrente tra la contestazione e il licenziamento, abbia adottato comportamenti inequivocabilmente incompatibili con la volontà di recedere dal rapporto. Si pensi, ad esempio, a un addebito di sottrazione di danaro o di merce mosso a un cassiere. In queste ipotesi, se dopo la contestazione il dipendente continuasse a essere adibito alle medesime mansioni che hanno occasionato l'avvio del procedimento disciplinare, il lavoratore potrebbe legittimamente fare affidamento sul fatto che il datore di lavoro abbia ritenuto di non procedere a irrogare il provvedimento espulsivo, nonostante la commissione del fatto. Ma, anche in questo caso, senza ricorrere a categorie giuridiche astratte di dubbia cittadinanza nel nostro ordinamento (19), il comportamento inerte del datore di lavoro esclude che l'addebito mosso possa essere qualificato in termini di giusta causa o di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali.

A ben vedere, un discorso ancora differente deve essere condotto a proposito del rispetto del procedimento disciplinare seguito dal datore di lavoro, in base alle previsioni dell'art. 7 St. lav. o della contrattazione collettiva, che può prevedere termini ulteriori a quelli legali soprattutto con riferimento al momento di adozione della sanzione disciplinare. La violazione della procedura, legale o contrattuale, infatti, non comporta automaticamente un pregiudizio alla difesa del lavoratore. In questo caso, è evidente che il licenziamento è illegittimo per un vizio procedurale e non perché sia stato effettivamente leso il diritto di difesa del dipendente o il suo affidamento sulla tolleranza datoriale.

Tuttavia, nella vigenza dell'art. 18 *ante* riforma, la violazione dei tempi procedurali, nel rendere illegittimo il licenziamento, determinava sempre e comunque la

(17) Con conseguente rilevanza d'ufficio; cfr., in proposito: Cass. 5.4.2003, n. 5396; Cass. 16.9.2004, n. 18772; Cass. 6.9.2006, n. 19159; Cass. 27.1.2009, n. 1890; Cass. 28.11.2013, n. 26655. *Contra*, Tosi, Puccetti 2017.

(18) Della stessa opinione Del Punta 2017; Pisani 2015, 97 ss.

(19) Si condivide, in proposito, quanto affermato da De Mozzi 2017, 1110.

reintegrazione del dipendente, senza necessità di procedere a istruire il processo. Di conseguenza, anche nel caso in cui gli addebiti potessero essere dimostrati in giudizio, sotto il profilo della loro idoneità a integrare le fattispecie di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, il giudice non poteva fare altro che ordinare la reintegrazione (20). La finalità della riforma del 2012, quindi, è stata quella di impedire la reintegrazione del dipendente nel caso in cui, in assenza di vizi procedurali, il licenziamento sarebbe stato ritenuto legittimo alla luce delle fattispecie di giusta causa e di giustificato motivo previste dalla legge.

3. — *La tesi del vizio procedurale* — La Corte, nel caso in esame, ha confermato i principi fino a ora ricordati e, al fine di individuare il regime di tutela da riconoscere al lavoratore, ha seguito il metodo suggerito dalla dottrina sin dall'entrata in vigore della legge n. 92/2012, che impone di distinguere il piano della valutazione circa la legittimità del recesso da quello delle tutele da riconoscere al lavoratore estromesso (21).

Se la tardività nell'esercizio del potere disciplinare rende illegittimo il licenziamento, la questione che le Sezioni Unite hanno dovuto tentare di risolvere ha riguardato, come si è detto, il regime di tutela da riconoscere in favore del dipendente. In modo condivisibile, i giudici di legittimità hanno escluso che si tratti di un vizio procedurale che comporta l'applicazione del regime indennitario debole previsto dal sesto comma dell'art. 18 St. lav. (22).

La decisione è coerente con la finalità dell'art. 7 St. lav., la cui qualificazione esclusivamente in termini di norma procedurale avrebbe determinato fondati dubbi di coerenza costituzionale. È noto, infatti, che la funzione della disposizione statutaria è quella di garantire al lavoratore la possibilità di difendersi, in contraddittorio, per tutelare la propria dignità professionale e morale a fronte della contestazione di un inadempimento contrattuale che può condurre alla cessazione definitiva del rapporto di lavoro (23). Non vi è dubbio che una sanzione esigua come quella prevista dal sesto comma dell'art. 18 St. lav. rischierebbe di rendere monetizzabile lo stesso diritto di difesa del lavoratore, con evidenti profili di illegittimità costituzionale di questo esito interpretativo (24).

Seppure con altri argomenti, le Sezioni Unite hanno ribadito il medesimo principio. La tempestività risponde a esigenze di tutela del lavoratore che prescindono dall'esistenza di procedure che il datore di lavoro deve osservare nell'esercizio del potere disciplinare. In proposito, la sentenza ha chiarito che le regole contenute nell'art. 7, così come quelle eventualmente previste dalla contrattazione collettiva, sono strumentali a scandire il procedimento nelle sue varie fasi, e la loro violazione dà luogo alla tu-

(20) Si tratta di una delle criticità che «aveva ormai accumulato» il vecchio art. 18 (Cester 2016, 1101).

(21) La distinzione indicata nel testo è di Maresca (2012, 438 ss.). La stessa opinione è espressa da De Luca Tamajo (2015, 272).

(22) Principio, invece, sostenuto da Cass. 6.11.2014, n. 23669. Questa sentenza, come è noto, ha affermato che la reintegrazione può essere disposta esclusivamente nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'insussistenza del fatto materiale posto alla base del licenziamento.

(23) C. cost. 25.7.1989, n. 427, in *RIDL*, 1989, II, 641 ss., con nota di Pera; C. cost. 1.7.1992, n. 309, in *FI*, 1992, I, 2321.

(24) Speciale 2012, 544. Riprende questa tesi (Galardi 2013, 307).

tela indennitaria debole, soltanto quando non sia anche violato «il principio generale di carattere sostanziale della tempestività della contestazione».

In sostanza, e in coerenza con la riforma del 2012, la violazione degli oneri procedurali previsti dallo Statuto dei lavoratori, o dalla contrattazione collettiva, che non si sostanzia in una contestazione tardiva comporta l'applicazione della tutela obbligatoria debole (25).

Del resto, questa conclusione è coerente con la stessa formulazione dell'art. 18. Al di là dell'infelice previsione dell'inefficacia del licenziamento per violazione del requisito di motivazione, l'accostamento della procedura di conciliazione preventiva in caso di licenziamento economico a quella prevista dall'art. 7, legge n. 300 del 1970, dimostra come il legislatore ha fatto riferimento alla commissione di errori del datore di lavoro nell'esercizio delle sue prerogative datoriali e non certo al caso in cui la tardività del licenziamento incida, da un lato, nella valutazione della giusta causa o del giustificato motivo oggettivo o, dall'altro, sulla legittimità in sé del potere di recesso.

4. — *La nullità del licenziamento: critica* — La Cassazione, inoltre, non ha condiviso la tesi di chi ravvisa nella violazione dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970 un motivo di nullità del licenziamento. La sentenza, infatti, ha chiarito che la tutela reintegratoria piena deve essere riconosciuta nelle ipotesi di nullità indicate dal primo comma dell'art. 18, ovvero quando il recesso sia inefficace perché intimato oralmente.

In quest'occasione, la Corte ha escluso che il licenziamento potesse ritenersi nullo perché «il caso di cui ci si occupa non trova collocazione in alcuna delle ipotesi tipiche elencate nel primo comma del novellato art. 18 ai fini dell'applicabilità della tutela reale piena, rappresentando queste ultime delle specifiche ipotesi di nullità o inefficacia espressamente prefigurate dalla stessa norma». In sostanza, dal momento che non vi è alcuna norma di legge che sanzioni con la nullità l'atto compiuto in violazione dell'art. 7 St. lav., non è possibile disporre la reintegrazione piena del dipendente licenziato tardivamente.

Questo tipo di interpretazione, invero, è discutibile. L'art. 18, primo comma, come è noto, riconosce la tutela reintegratoria piena «ad altri casi di nullità previsti dalla legge». Il rinvio effettuato dalla disposizione, invero molto generico, potrebbe giustificare una lettura differente da quella sostenuta dalla Cassazione, la quale sembra aver preso a riferimento il testo introdotto dall'art. 2, d.lgs. n. 23 del 2015.

La Corte, infatti, sembra sostenere che la reintegrazione deve essere comminata esclusivamente quando, oltre alle ipotesi di nullità previste direttamente dal primo comma, siano rinvenibili ulteriori disposizioni che espressamente qualifichino nullo l'atto di recesso. Questa tesi, che in realtà non sembra sostenibile neppure con riferimento alla disciplina sul contratto a tutele crescenti (26), non è convincente. Si potrebbe sostenere, infatti, proprio in ragione della valenza attribuita dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità all'art. 7 dello Statuto, che la violazione del principio desumibile da questa disposizione si traduce nel mancato rispetto di una norma

(25) *Contra*, Maresca (2012, 433), il quale ha sostenuto che la tardività della contestazione deve essere sanzionata con la tutela indennitaria debole, mentre la tardività del recesso con quella forte o, in alcune ipotesi, con la reintegrazione debole.

(26) Come sostiene Persiani 2015, 393 ss.

imperativa che, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, c.c., determina la nullità dell'atto di recesso.

In verità, il ragionamento della Corte è, da questo punto di vista, censurabile, anche se coerente con quanto la Cassazione ha da tempo asserito in relazione alla violazione dell'art. 7 della l. n. 300 del 1970 nell'ambito della tutela obbligatoria prevista dalla l. n. 604/1966 e dalla l. n. 108/1990 (27). Anche in questo caso, la violazione procedurale viene equiparata dalla Suprema Corte a un licenziamento ingiustificato, con applicazione del medesimo regime sanzionatorio. Nella sentenza, infatti, si afferma che «l'inerzia del datore di lavoro di fronte alla condotta astrattamente inadempiente del lavoratore può essere considerata quale dichiarazione, implicita, *per facta concludentia*, dell'insufficienza in concreto di alcuna lesione del suo interesse». Si esclude, quindi, che si tratti di un'ipotesi di nullità.

5. — *La tardività come vizio sostanziale che non rende insussistente il fatto contestato* — La Corte, inoltre, ha mostrato di non condividere la tesi secondo cui il giudice deve dichiarare l'insussistenza del fatto contestato in tutte le ipotesi in cui venga meno il potere disciplinare del datore di lavoro. Si è sostenuto che, anche se il comportamento tardivamente addebitato è stato realmente commesso, il venire meno dell'esercizio del potere disciplinare renderebbe il fatto giuridicamente insussistente perché non più contestabile (28), al pari della condotta esistente ma che non presenti alcun profilo di antiigiuridicità, ovvero come quando il fatto non sia più addebitabile per «consumazione» del potere disciplinare (29).

È stato, tuttavia, obiettato che la violazione del principio di tempestività non determina il venire meno del potere disciplinare, né tantomeno che questo vizio può tradursi in una valutazione dell'insussistenza del fatto. Si è detto, infatti, che «una cosa è che il fatto, comunque definito, non sussista; un'altra cosa che sussista ma sia fatto valere tardivamente dal datore di lavoro» (30). La violazione del principio di tempestività, quindi, deve essere considerata come una delle altre ipotesi di illegittimità del licenziamento, al pari del difetto di proporzionalità, del quale, invero, sarebbe una specificazione (31). Altri studiosi, invece, hanno ritenuto che il principio di immediatezza non è idoneo a connotare la giusta causa di recesso, dal momento che non esclude, di per sé, la gravità dell'addebito. Di conseguenza, la tardività può avere sia una valenza meramente procedurale sia una connotazione sostanziale, a seconda che essa abbia pregiudicato effettivamente il diritto di difesa e l'affidamento del lavoratore sull'illiceità o sulla tolleranza del comportamento contestato (32). Parte della dottrina, inoltre, ha ritenuto che l'ipotesi in esame è difficilmente riconducibile alle previsioni contenute nell'art. 18 St. lav. (33) e che la sanzione deve essere individuata all'interno dei principi di diritto civile.

(27) Cass. 26.4.1994, n. 4844, S.U.

(28) Principio sostenuto da Cass. 31.1.2017, n. 2515; Di Paola 2018, 341.

(29) Speciale 2017.

(30) Del Punta 2017, 124.

(31) *Ivi*, 129.

(32) Tosi, Puccetti 2017, 1916. Cfr. Pisani 2015, 109 ss.

(33) Mazzotta 2012, 19.

Le Sezioni Unite, come anticipato, chiariscono che la violazione del principio di immediatezza rappresenta un'ipotesi di assenza di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, che può coincidere o meno con l'insussistenza del fatto contestato.

Nel caso deciso dalla Cassazione, «il fatto posto a base dell'addebito era stato accertato prima che lo stesso venisse contestato, seppur con notevole ritardo, al lavoratore», e tale circostanza rende comprensibile, in ragione delle premesse adottate, l'applicazione dell'indennità tra le dodici e le ventiquattro mensilità.

Tuttavia, ciò non consente di ritenere che, in presenza di una contestazione tardiva, l'unico rimedio applicabile è rappresentato dall'indennità risarcitoria prevista dal quinto comma dell'art. 18 St. lav. Il giudice, infatti, una volta ritenuto che il recesso è illegittimo, perché la violazione del principio di immediatezza della contestazione rivela l'autovalutazione, da parte del datore di lavoro, della carenza di gravità del comportamento, è, comunque, tenuto a giudicare sulla sussistenza o meno del fatto contestato. Quest'ultimo, inteso sia nella sua materialità sia nella sua giuridicità, è infatti un elemento diverso dalla mancanza di giusta causa e dalla tardività della contestazione. Di conseguenza, se il fatto, tardivamente contestato, è insussistente o riconducibile a una sanzione conservativa prevista dal Ccnl, ne dovrebbe derivare la reintegrazione in forma attenuata. Al contrario, qualora si dimostri la sua esistenza, il lavoratore avrà diritto all'indennità risarcitoria tra le dodici e le ventiquattro mensilità.

Questa conclusione è giustificata anche alla luce dell'affermazione, contenuta nella sentenza, secondo cui «il fatto oggetto di addebito disciplinare è pur sempre valutabile dal giudicante, il quale dovrà solo verificare se l'inadempienza al generale principio di immediatezza della contestazione finisca per inficiare la validità del licenziamento, per individuare poi il tipo di tutela applicabile».

6. — *La «terza via» della Cassazione* — La Corte, tuttavia, ha giustificato l'applicazione della tutela indennitaria forte in ragione di argomenti differenti da quelli fino a ora esaminati.

In continuità con un precedente orientamento, la decisione interpreta l'art. 7 alla luce degli obblighi di correttezza e buona fede. In tal modo, la sentenza desume l'esistenza della «regola generale della tempestività», che non soddisfa esclusivamente l'esigenza di assicurare il diritto di difesa, ma anche quella «di impedire che l'indugio del datore di lavoro possa avere effetti intimidatori», con la finalità di «tutelare l'affidamento che il dipendente deve poter fare sulla rinuncia dello stesso datore di lavoro a sanzionare una mancanza disciplinare».

La Cassazione, dunque, attribuisce una plurima valenza sostanziale alla tardività della contestazione. Essa, da un lato, costituisce «sintomo» della carenza della giustificazione del recesso, sotto il profilo della sua gravità e della sua incapacità, quindi, a ledere l'interesse del datore di lavoro. D'altro canto, la carenza di tempestività determina gli effetti sopra descritti, che hanno un rilievo certamente non riducibile alla tutela del diritto di difesa. Ma la Corte Suprema non si ferma qui. Essa, infatti, sostiene che la tardività «si concretizza, in realtà, in una forma di inadempimento della parte datoriale ai generali doveri di correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori che attiene propriamente alla fase successiva e attuativa della comunicazione del provvedimento espulsivo, senza alcun concorso alla formazione della causa che ha dato origine al recesso datoriale».

Ma, allora, ciò significa che non si è in presenza né di un vizio solo procedurale, né di un vizio che attiene esclusivamente alla ragione causale del licenziamento. La tardività, dunque, non viene considerata soltanto come un elemento che priva di giustificatazza il recesso, ma come vizio che, *in sé*, comporta la sua illegittimità, a prescindere se la condotta sia riconducibile a una giusta causa o a un giustificato motivo soggettivo e senza considerare se essa abbia effettivamente pregiudicato il diritto di difesa del lavoratore.

A ben vedere, la Cassazione è andata oltre al dibattito lavoristico che si è potuto soltanto sinteticamente descrivere e, nel ricorrere ai principi di correttezza e buona fede, la cui violazione rappresenta un inadempimento datoriale che prescinde dalla motivazione del licenziamento, ha seguito una «terza via». In base alla sentenza, infatti, la valutazione della tardività rappresenta un momento autonomo rispetto a quello che attiene alla qualificazione del fatto contestato al dipendente, e la tardività della contestazione comporta, a prescindere dalla giustificatazza o meno del licenziamento, l'applicazione della tutela indennitaria forte, anche qualora il dipendente si sia reso effettivamente colpevole di un grave inadempimento contrattuale che integra gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo. Non si spiegherebbe, altrimenti, perché la Corte ha affermato che «sussistendo l'inadempimento posto a base del licenziamento, ma non essendo tale provvedimento preceduto da una tempestiva contestazione disciplinare a causa dell'accertata contrarietà del comportamento del datore di lavoro ai canoni di correttezza e buona fede, la conclusione non può essere che l'applicazione del quinto comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori».

A seguito di questa decisione, quindi, gli scenari possibili sono diversi.

In presenza di vizi procedurali differenti dalla tardività, qualora il fatto contestato dovesse essere dimostrato in giudizio dal datore di lavoro, il lavoratore sarà tutelato con l'indennità debole, salvo che il giudice non valuti che l'inadempimento contrattuale non sia così grave da giustificare il licenziamento. Al contrario, qualora la contestazione intervenga a distanza di molto tempo dalla effettiva conoscenza della commissione dell'illecito, la sanzione sarà sempre la tutela indennitaria da dodici a ventiquattro mensilità a prescindere dall'accertamento dei fatti addebitati al dipendente, anche qualora il datore di lavoro abbia fornito la prova in giudizio della sussistenza del fatto e della sua gravità.

Il principio espresso dalla Corte, inoltre, per le argomentazioni utilizzate dai giudici di legittimità, deve essere rispettato, logicamente, anche nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato a distanza di molto tempo dalla definizione del procedimento disciplinare. In questo caso, vi sarebbe, egualmente, la violazione dei principi di correttezza e buona fede, con la conseguenza che, anche se i fatti contestati dovessero essere dimostrati in giudizio e fossero connotati da una gravità tale da integrare le fattispecie legittimanti il recesso, il giudice non potrà che dichiarare risolto il rapporto e condannare il datore di lavoro al risarcimento del danno da dodici a ventiquattro mensilità.

7. — *Le ricadute in materia di contratto a tutele crescenti* — Le conclusioni espresse dalla Cassazione determinano precise conseguenze anche con riferimento

alla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 23/2015 in materia di contratto a tutele crescenti, attualmente oggetto di giudizio di legittimità costituzionale (34).

Nell'attesa di conoscere l'esito del promosso giudizio di costituzionalità della disciplina, il principio espresso dalle Sezioni Unite ha una ricaduta sulle decisioni che i giudici di merito dovranno adottare nel caso di un recesso disciplinare tardivo nell'ambito di un contratto a tutele crescenti. Anche in questo caso, infatti, il legislatore ha differenziato i criteri di determinazione dell'indennità risarcitoria a seconda che il licenziamento sia dichiarato illegittimo perché ingiustificato ovvero perché intimato in violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970, e ha previsto la tutela reintegratoria piena nelle ipotesi di nullità «espressamente» previste dalla legge.

Sotto quest'ultimo profilo, sarà estremamente difficile sostenere la tesi della nullità del licenziamento disciplinare perché tardivo, per le ragioni che sono già state illustrate in precedenza. Inoltre, non sembra neppure percorribile la strada che conduce alla tutela reintegratoria debole, applicabile soltanto qualora il fatto contestato al dipendente dovesse essere dimostrato nella sua «materialità» e a prescindere da qualsiasi giudizio di proporzionalità con il grado di inadempimento del lavoratore. La tardività della contestazione, infatti, non coincide con la insussistenza del fatto materiale. E soltanto qualora anche tale presupposto sarà rinvenibile opererà la reintegra attenuata che assorbirà il regime connesso alla sola violazione della regola della immediatezza.

In base al principio espresso dalle Sezioni Unite con la sentenza in esame, si dovrà distinguere il caso in cui il datore di lavoro abbia disatteso il termine dei cinque giorni previsto dalla legge per consentire al dipendente di fornire proprie giustificazioni, o abbia violato eventuali termini introdotti dal contratto collettivo applicato, dall'ipotesi in cui la contestazione disciplinare sia effettuata in violazione del principio di immediatezza, così come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità. Nel primo caso, infatti, si sarà in presenza di un licenziamento illegittimo per vizio procedurale, che attribuisce al lavoratore il diritto a una indennità risarcitoria che non è determinata in due mensilità per ogni anno di servizio, ma nella metà. Nell'altro caso, invece, esclusa la tutela reintegratoria, il dipendente estromesso avrà diritto alla medesima indennità dovuta in caso di ingiustificatezza dell'atto di recesso.

In proposito, è stata ravvisata una disparità nel trattamento sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 23 del 2015 con riferimento ai dipendenti di quei datori di lavoro che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 18 St. lav., e ai quali, per tale motivo, non trova applicazione la disciplina in materia di tutele «crescenti». Per questa categoria di lavoratori, quindi, l'illegittimità del licenziamento per vizi procedurali dovrebbe essere sanzionata con le nullità di diritto comune, con diritto al pagamento delle retribuzioni dalla messa in mora fino all'effettivo ripristino del rapporto (35). In verità questa tesi si presta ad alcune considerazioni critiche. In primo luogo, la disciplina delle «protezioni crescenti» si applica anche alle imprese al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 18. L'unica differenza sta nella riduzione dell'indennità risarcitoria, che, sia in caso di assenza di causa giustificativa del recesso, sia in presenza di vizi pro-

(34) Per tali aspetti si rinvia a Speziale 2016, 111 ss.

(35) Pisani 2015.

cedurali, verrà incrementata, in relazione all'anzianità di servizio, in misura pari alla metà di quella ordinaria. D'altra parte, il d.lgs. n. 23/2015 prevede una sanzione specifica per i vizi procedurali. Non si comprende, dunque, come sia possibile fare ricorso alla nullità di diritto comune, che può ovviamente operare solo in assenza di una disciplina speciale, nel nostro caso, invece, esistente.

In verità, per le imprese non soggette all'art. 18, il carattere sostanziale della tardività – espressiva sia dell'assenza di giusta causa o giustificato motivo, sia della violazione dei principi di correttezza e buona fede – determinerà l'applicazione del medesimo regime risarcitorio previsto per il recesso ingiustificato. Tuttavia, l'esiguità del risarcimento «depotenzierà» in questo caso l'effetto innovativo della interpretazione sostenuta dalle Sezioni Unite, garantendo al lavoratore una indennità di contenuto assai modesto.

In verità, un ulteriore profilo di irragionevolezza, rispetto a quelli che sono già stati evidenziati in giurisprudenza e in dottrina (36), può essere ravvisato nella enorme disparità di trattamento tra i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 e quelli già dipendenti a questa data, ai quali si applicano due regimi indennitari sensibilmente differenti tra di loro. Nel caso di illegittimità del recesso da un contratto a tutele crescenti per violazione del principio di immediatezza, infatti, il lavoratore potrebbe percepire un risarcimento del danno di gran lunga inferiore al minimo previsto dall'art. 18, quinto comma, St. lav. Il medesimo vizio, di fatto, viene trattato in modo differenziato, senza alcuna plausibile ragione sotto il profilo costituzionale.

Riferimenti bibliografici

- Carinci F. (2017), *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, «versione Fornero»*, in *ADL*, n. 4-5, I, 924 ss.
- Cester C. (2016), *I licenziamenti tra passato e futuro*, in *ADL*, n. 6, I, 1099 ss.
- De Luca Tamajo R. (2012), *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *RIDL*, n. 4, I, 1064 ss.
- De Luca Tamajo R. (2015), *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, «fatto» contestato*, in *ADL*, n. 2, I, 269 ss.
- De Mozzi B. (2017), *Le conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di immediatezza nel licenziamento disciplinare*, in *DRI*, n. 4, 1108 ss.
- Del Punta R. (2017), *I dolori del giovane 18: note sul licenziamento disciplinare*, in Caruso B. (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, 119 ss.
- Di Paola L. (2017), *Difetto di tempestività della contestazione disciplinare: violazione procedurale e/o sostanziale?*, in *RIDL*, n. 3, I, 503 ss.
- Di Paola L. (2018), *I vizi formali e procedurali*, in Curzio P. et al. (diretto da), *Lavoro. Vicende ed estinzione del rapporto di lavoro*, III, Giuffrè, 335 ss.

(36) Speciale 2016, 111 ss.

- Galardi R. (2013), *Il licenziamento inefficace*, in Cinelli M. et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 299 ss.
- Ghinoy P. (2018), *Le conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di tempestività della contestazione disciplinare, alla luce dell'art. 18 della legge n. 92 del 2012*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1.
- Giubboni S., Colavita A. (2017), *La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 314.
- Lama R. (2017), *Licenziamento illegittimo per tardività della contestazione disciplinare: la questione rimessa alle Sezioni Unite*, in *Corriere giuridico*, 1061 ss.
- Magnani M. (2013), *Il giudice e la legge*, in *RIDL*, I, 779 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. (2012), *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 159.
- Persiani M. (2015), *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *ADL*, n. 2, I, 393 ss.
- Pisani C. (2014), *«Tardività-ingiustificatezza» e «tardività-vizio procedimentale» del licenziamento disciplinare e relative sanzioni*, in *MGL*, n. 5, 289 ss.
- Pisani C. (2015), *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *ADL*, n. 1, I, 97 ss.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, n. 3, I, 521, ss.
- Speziale V. (2016), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, n. 1, I, 111 ss.
- Speziale V. (2017), *La carenza di potere disciplinare per violazione del ne bis in idem e a seguito di conciliazione sindacale come ipotesi di insussistenza del fatto contestato*, in *RIDL*, n. 2, II, 295 ss.
- Terzi A. (2018), *Quale sanzione per il licenziamento tardivo?*, in *Questione Giustizia*, 21 maggio.
- Tosi P., Puccetti E. (2017), *La dissoluzione di una riforma nella tardività della contestazione disciplinare*, in *GI*, 1912 ss.
- Tullini P. (2017), *I vizi procedurali del licenziamento disciplinare: a proposito della regola dell'immediatezza*, in Caruso B. (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, 101 ss.

Enrico Raimondi

Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio»

Valerio Speziale

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

CORTE D'APPELLO ROMA, 1.2.2018 – Pres. ed Est. Pascarella – S. Srl (avv.ti Beatrice, Marrazzo) c. A.R. (avv.ti Alessandrini, Di Folco).

Licenziamento individuale – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Soppressione del posto di lavoro – Manifesta insussistenza del fatto – Obbligo di *repechâge* integrato nella fattispecie del g.m.o. – Violazione – Reintegra del lavoratore.

L'impossibilità di ricollocare il lavoratore all'interno della compagine aziendale integra uno degli elementi costitutivi della fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sicché, qualora il datore di lavoro ometta di fornire la prova, trova applicazione la cd. tutela reale attenuata introdotta dalla l. n. 92/2012 e prevista in ipotesi di «manifesta infondatezza del fatto» posto a fondamento del recesso datoriale. (1)

(1) VIOLAZIONE DEL REPECHÂGE E REINTEGRA:

L'OBBLIGO DI RICOLLOCAZIONE È UN ELEMENTO DEL FATTO

1. — La fattispecie del *repêchage* si collega alla tesi del licenziamento quale *extrema ratio*, e risale alla elaborazione di un'autorevole dottrina (Mancini 1972, 243). Tale teorizzazione è stata adottata dalla successiva interpretazione giurisprudenziale che, nel tempo, ha delineato il campo di delimitazione delle scelte imprenditoriali tenendo conto del necessario bilanciamento dei contrapposti interessi costituzionalmente garantiti e rappresentati dalla tutela del lavoro e dalla libertà di impresa (artt. 4 e 41 della Costituzione). Inizialmente, le decisioni della Suprema Corte in tema di obbligo datoriale di *repêchage* hanno mostrato un prevalente orientamento più rigoroso, ove l'indagine sull'esistenza di posizioni alternative al fine di evitare il recesso comprendeva, quasi esclusivamente, la ricerca di parte datoriale di diverse soluzioni nell'ambito delle sole mansioni equivalenti: ciò in ragione del rispetto del principio della capacità professionale acquisita dal prestatore ex art. 2103 c.c. [Sul punto, *ex multis*, vd. Cass. 10.3.1992, n. 2881, in *RFI*, 1993, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1559, e, in senso conforme, Cass. 3.6.1994, n. 5401, in *RFI*, 1994, voce cit., n. 1148, nonché Cass. 27.11.1996, n. 10527, in *DL*, 1998, II, 173, con nota di Della Rocca, e Cass. 14.12.2002, n. 17928, in *RCDL*, 2003, 402]. Secondo tale impostazione, il lavoratore, peraltro, era onerato di dimostrare l'esistenza di posti vacanti utili al proprio reimpiego (Cfr., in tal senso, tra le tante: Cass. 12.2.2014, n. 3224, in *NGL*, 2014, 522; Cass. 1.8.2013, n. 18416, in *MGL*, 2014, n. 1/2, 35, nonché Cass. 8.11.2013, n. 25197, in *LG*, 2014, 181).

Conseguentemente, anche in ragione dell'inderogabilità delle disposizioni contenute nell'art. 2103 c.c., per un lungo periodo è stato, invece, minoritario l'indirizzo giurisprudenziale che riteneva essenziale la ricerca di posizioni differenti e alternative per la salvaguardia del posto di lavoro anche con riferimento a compiti inferiori (Per una completa ricostruzione sull'evoluzione giurisprudenziale in tema dell'obbligo di *repêchage* anche in mansioni inferiori sia consentito rimandare a Salvagni 2017b, 254

ss.). In tal senso, si evidenzia che la giurisprudenza ha mostrato una posizione maggiormente flessibile, sostenendo la possibilità di derogare al divieto di variazione *in peius* ex art. 2103 c.c. sul solo presupposto della prevalenza dell'interesse del dipendente al mantenimento del posto di lavoro (Sull'adibizione a mansioni inferiori tale da non contrastare la tutela della professionalità, se rappresenta l'unica alternativa al licenziamento, vd. Cass. n. 7755 del 1998, S.U., in *RIDL*, 1999, n. 1, II, 170, con nota di Pera, nonché Cass. 13.8.2008, n. 21579, pubblicata rispettivamente in *MGL*, 2009, 159, con nota di Pisani, e in *RIDL*, 2009, n. 3, II, 664; cfr. anche Cass. 23.10.2013, n. 24037, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 296; nonché Cass. 22.5.2014, n. 11395, in *D&Gonline*, 2014; sulla cd. «dequalificazione contrattata» cfr. Cass. 15.5.2012, n. 7515, in *RIDL*, 2013, II, 67, con nota di Falsone).

Recentemente, invece, la Suprema Corte ha ampliato l'ambito di applicazione dell'obbligo di *repêchage*, anche alla luce della eliminazione del principio di equivalenza ex art. 2103 c.c. *post* d.lgs. n. 81 del 2015, affermando che lo stesso si estende inevitabilmente anche a mansioni inferiori [da ultimo, vd. Cass. 26.5.2017, n. 13379, in *RGL*, 2017, n. 4, II, 577, con nota di Salvagni 2017a, nonché Cass. 9.11.2016, n. 22798, Cass. 21.12.2016, n. 26467, e Cass. 5.1.2017, n. 160, tutte pubblicate in *RGL*, 2017, n. 2, II, 245, con nota di Calvellini].

2. — Fatta tale breve premessa di ordine sistematico, si può entrare nel merito della decisione oggetto di commento. La vicenda tratta un licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato in ragione della cessazione di un appalto presso cui era adibito il ricorrente. Il Tribunale di Frosinone, sia nella prima fase Fornero sia in quella di opposizione, aveva annullato il licenziamento e reintegrato il lavoratore sul presupposto che il medesimo, in precedenza, era stato addetto su appalti diversi e che la sua prestazione non era divenuta «esuberante e non più proficuamente utilizzabile»; quindi la società non aveva fornito la prova dell'impossibilità di *repêchage* (Sul punto, cfr. invece, in senso contrario: T. Genova 14.12.2013, in *ADL*, 2014, n. 3, II, 798, con nota di Biagiotti).

La Corte d'Appello di Roma afferma che, nel giudizio di impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la *causa petendi* è costituita dall'inesistenza dei presupposti fondanti il legittimo esercizio del potere di recesso datoriale ove il lavoratore, «creditore della reintegra», è onerato solo di allegare l'altrui inadempimento, ossia «l'illegittimo rifiuto di continuare a farlo lavorare oppostogli dal datore» in ragione del recesso, mentre quest'ultimo deve provare il fatto estintivo in «cui rientra pure l'impossibilità di *repechage*»; pertanto, la Corte territoriale esclude che l'impossibilità del *repechage* costituisca un autonomo fatto estintivo rispetto al giustificato motivo oggettivo e sostiene che, ai fini della legittimità del recesso, la dimostrazione di entrambi grava unitariamente sul datore di lavoro. In merito, i giudici capitolini affermano che, «costituendo ormai diritto vivente l'approdo giurisprudenziale secondo cui l'impossibilità di ricollocamento del lavoratore il cui posto sia stato soppresso costituisce una delle condizioni di fatto che legittimano il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, anche tale impossibilità costituisce un elemento del "fatto" che deve sussistere per evitare l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata».

I giudici di appello, inoltre, evidenziano come appaia condivisibile il rilievo espresso dalla prevalente dottrina secondo cui i fatti o esistono o non esistono, onde, sul pia-

no logico, nulla distingue un fatto insussistente da uno manifestamente insussistente (In tal senso, vd. Maresca 2012, 443).

3. — A seguito della l. n. 92 del 2012 è stato modificato il regime sanzionatorio applicabile in caso di licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo, e ciò ha creato non pochi dubbi interpretativi sulla definizione di «manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento» che dà accesso alla tutela reale. La dottrina e la giurisprudenza, all'indomani della cd. riforma Fornero, si sono cimentate sulle seguenti questioni: la violazione dell'obbligo di *repêchage* rientra o meno nella «manifesta insussistenza del fatto»? La sua inosservanza comporta o meno la tutela reintegratoria?

La tematica è di rilevante interesse proprio perché riguarda le conseguenze concrete che comporta l'eventuale violazione del dovere di ripescaggio.

Successivamente alla riforma Fornero, quindi, si è registrato in dottrina un acceso dibattito sulla rilevanza del *repêchage* quale presupposto della legittimità del recesso, ove il «nodo gordiano» da sciogliere è se la mancata ricollocazione del lavoratore comporti o meno non solo la illegittimità del licenziamento, ma anche la tutela reintegratoria.

A parere di alcuni Autori, l'obbligo di *repêchage* non rientra tra gli elementi costitutivi della fattispecie del giustificato motivo oggettivo, comportando, in caso di violazione dello stesso, solo la sanzione indennitaria di cui al comma 5 dell'art. 18, l. n. 300 del 1970, come modificata dalla l. n. 92 del 2012 (In tal senso, Santoro Passarelli 2013, 236, e Santoro Passarelli 2015, 8). Al riguardo, è stato altresì affermato che l'impossibilità di *repêchage* rappresenta un elemento esterno al giustificato motivo e non può rientrare tra le ragioni di cui all'art. 3, l. n. 604 del 1966 (Persiani, 2016, 1164 ss.). Un'altra parte della dottrina, di avviso contrario, sostiene invece che il *repêchage* è un elemento costitutivo del giustificato motivo oggettivo e rientra pienamente nel «fatto», la cui violazione determina quindi l'insussistenza dello stesso e la conseguente reintegrazione del lavoratore (In questo senso: Speciale 2012, 563-564; Scarpelli 2013, 284 ss. Vallebona 2013a, 750; sul punto si segnala, *ante* riforma Fornero: Scarpelli 1997, 29, e Carabelli 2001, 217. In senso contrario, Nogler 2007, 648 ss.). In merito, alcuni Autori hanno anche affermato che il controllo della possibilità di utilizzazione *aliunde* rientri nell'ambito dell'accertamento della sussistenza del fatto e la fattispecie deve ritenersi «coessenziale alla valutazione della manifesta insussistenza», sicché la violazione dell'obbligo di ripescaggio determina l'illegittimità del recesso per carenza di giustificazione, in quanto, «benché di origine giurisprudenziale, il *repêchage* può infatti dirsi per diritto vivente un attributo normativo sostanziale nella definizione del giustificato motivo oggettivo» (Perulli 2012, 800-801). In senso conforme, è stato altresì sostenuto che l'obbligo di ricollocazione del lavoratore è un «elemento consustanziale al fatto» (Carinci 2013, 1326) e che «il carattere manifesto, o no, dell'eventuale insussistenza del fatto afferisce anche a questo aspetto» (Amoroso 2015, 341).

4. — La giurisprudenza di merito *post* riforma Fornero ha sostenuto sino a oggi, con indirizzo maggioritario, che la violazione dell'obbligo di *repêchage* non rientri nel fatto posto alla base del recesso ma che esso rappresenti solo una conseguenza dello stesso. Dal punto di vista della sanzione applicabile, non troverebbe ingresso la tutela

reintegratoria ma solo quella indennitaria *ex art.* 18, c. 5, St. lav. Si segnala, al riguardo, un orientamento del Tribunale di Roma del 13.9.2017 (In *G.Lav.*, 2018, n. 13, 5) e del 8.8.2013, nonché una decisione del Tribunale di Varese del 4.9.2013, ord., inedita a quanto consta, secondo cui, in caso di soppressione del posto di lavoro, la violazione dell'obbligo di *repêchage*, non costituendo «il fatto posto a base del licenziamento» bensì una sua conseguenza, comporta l'applicazione della tutela indennitaria forte di cui al c. 5 del novellato art. 18 St. lav. (Le ordinanze del Tribunale di Roma del 4.9.2013 e del Tribunale di Varese sono pubblicate in *RIDL*, 2014, n. 1, II, 176, con nota di Di Carluccio; sul punto, si veda anche T. Milano 20.11.2012, *MGL*, 2013, n. 1, 39 ss., con nota di Vallebona, nonché le seguenti decisioni T. Milano 7.6.2017, T. Torino 5.4.2016, inedite a quanto consta). I provvedimenti di merito che, invece, reintegrano il lavoratore in caso di soppressione del posto di lavoro sul presupposto che il *repêchage* fa parte del fatto e sulla violazione del dovere di ricollocazione sono rare e, a quanto consta, si rinviene tra quelle pubblicate solo un'ordinanza del 3.6.2013 del Tribunale di Reggio Calabria (In *MGL*, 2014, n. 4, 229 ss.).

In materia di *repêchage* quale elemento del fatto si è espressa la Suprema Corte nel 2016, il cui orientamento, tuttavia, sembra sia passato quasi inosservato agli interpreti, i quali hanno focalizzato la propria attenzione esclusivamente sulla tematica della ripartizione dell'onere probatorio, che, secondo i giudici di legittimità, deve ritenersi totalmente a carico del datore. La Cassazione, infatti, con le sentenze n. 5592 del 22.3.2016 e n. 12101 del 13.6.2016 (Pubblicate entrambe in *RGL*, 2016, n. 3, II, 302, con nota di Monterossi), ha chiarito come debba interpretarsi l'obbligo di *repêchage* in caso di licenziamento per motivo oggettivo e soppressione del posto di lavoro, analizzando con particolare rigore la tematica della ripartizione dell'onere della prova tra le parti. I giudici di legittimità, pertanto, con le sentenze del 2016, aderiscono a una interpretazione «estensiva» del dovere di *repêchage*, laddove annoverano l'impossibilità della ricollocazione del dipendente tra i requisiti del giustificato motivo e, più precisamente, lo inquadrano «quale criterio di integrazione delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, nella modulazione della loro diretta incidenza sulla posizione del singolo lavoratore licenziato». In particolare, tale profilo è stato approfondito dalla decisione n. 12101 del 13.6.2016, in cui si esclude espressamente che l'impossibilità del *repêchage* debba formare oggetto di apposita contestazione da parte del lavoratore. Secondo tale decisione, non «può dirsi che l'impossibilità del *repêchage* costituisca autonomo fatto estintivo rispetto all'esistenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive tali da determinare la soppressione d'un dato posto di lavoro e, come tale, richieda un'apposita autonoma contestazione da parte del lavoratore: si tratta – invece – di due aspetti del medesimo fatto estintivo (il giustificato motivo oggettivo, appunto), fra loro inscindibili perché l'uno senza l'altro [è] inidoneo a rendere valido il licenziamento».

Al riguardo, occorre necessariamente dare conto della recente sentenza della Cassazione del 2.5.2018, n. 10435, in cui i giudici di legittimità confermano la tesi per cui il *repêchage* sia elemento interno al fatto sostenendo che «la verifica della manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento concerne entrambi i presupposti di legittimità del licenziamento e, quindi, sia l'effettiva sussistenza delle dedotte ragioni inerenti all'attività produttiva, sia l'impossibilità di ricollocare altrove il dipendente» (In *il giuslavorista.it*, 22 maggio 2018, con nota di Di Paola).

Alla luce di tali principi espressi, dapprima, dalla Cassazione nel 2016, poi, dalla sentenza in annotazione e, da ultimo, dalla recente Cassazione del 2.5.2018, si può sostenere che il *repêchage* integra appieno uno degli elementi costitutivi del giustificato motivo oggettivo e completa così tale fattispecie, comportando, quale conseguenza sanzionatoria, la tutela reintegratoria invece che quella indennitaria. Il datore di lavoro dovrà quindi dimostrare l'incidenza delle ragioni poste alla base del recesso sulla posizione del singolo lavoratore licenziato, peritandosi di provare anche l'inutilizzabilità *aliunde* del prestatore.

In conclusione, la sentenza in commento esprime il seguente principio di diritto: l'impossibilità di ricollocare il lavoratore all'interno della compagine aziendale integra uno degli elementi costitutivi della fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; sicché, qualora il datore di lavoro ometta di fornire la prova, trova applicazione la cd. tutela reale attenuata introdotta dalla l. n. 92/2012 e prevista in ipotesi di «manifesta infondatezza del fatto» posto a fondamento del recesso datoriale.

Riferimenti bibliografici

- Amoroso G. (2015), *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza e legittimità e Jobs Act*, in RIDL, n. 3, II, 341 ss.
- Biagiotti A. (2014), *Profili interpretativi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra vizi formali e obbligo di repêchage*, in ADL, n. 3, II, 798 ss.
- Carabelli U. (2001), *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in Aa.Vv., *I licenziamenti per riduzione del personale in Europa*, Bari, 217 ss.
- Carinci M.T. (2013), *Fatto «materiale» e fatto «giuridico» nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 Statuto dei lavoratori*, in RDP, 1326 ss.
- Di Carluccio C. (2014), *Licenziamento economico: alternative di reimpiego prospettabili al lavoratore e sanzioni per il caso di omesso repêchage*, in RIDL, II, 167-168.
- Di Paola L. (2018), *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e violazione dell'obbligo di repêchage: i regimi di tutela applicabili*, in *Ilgiuslavorista.it*.
- Falsone M. (2013), *Sul cd. obbligo di repêchage e la dequalificazione contrattata*, in RIDL, n. 1, II, 73 ss.
- Mancini G.F. (1972), *Sub art. 18*, in Ghezzi G. et al. (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Zanichelli Commentario del codice civile*, , Bologna, 243 ss.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto lavoratori*, in RIDL, n. 2, I, 443 ss.
- Monterossi L. (2016), *Licenziamento per giustificato motivo e repêchage: nessun onere di allegazione*, in RGL, n. 3, II, 302 ss.
- Nogler L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in DRI, n. 29, 648 ss.
- Persiani M. (2016), *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, in GI, n. 5, 1164 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, n. 4-5, I, 800-801.
- Pisani C. (2009), *Il licenziamento impossibile: ora anche l'obbligo di modificare il contratto*, in MGL, n. 3, 162.

- Salvagni M. (2017a), *Il repêchage in mansioni inferiori dopo il Jobs Act: obbligo o facoltà?*, in *RGL*, n. 4, II, 577 ss.
- Salvagni M. (2017b), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'obbligo di repêchage anche in mansioni inferiori nell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale prima o dopo il Jobs Act*, in *LPO*, n. 5-6, 254 ss.
- Santoro Passarelli G. (2013), *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, n. 2, I, 236 ss.
- Santoro Passarelli G. (2015), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *DRI*, n. 1, 8 ss.
- Scarpelli F. (1997), *La nozione e il controllo del giudice*, in *I licenziamenti collettivi*, in *QDLRI*, n. 19, 29 ss.
- Scarpelli F. (2013), *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, in *RIDL*, n. 1, II, 284 ss.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, n. 3, I, 563-564.
- Vallebona A. (2013a), *Il repêchage fa parte del «fatto»*, in *MGL*, n. 11, 750 ss.
- Vallebona A. (2013b), *La tutela reale nel licenziamento per motivo oggettivo e per motivo illecito*, *MGL*, 1, 39 ss.
- Vallebona A. (2014), *L'inutilizzabilità aliunde fa parte del fatto*, in *MGL*, n. 4, 229 ss.

Michelangelo Salvagni
Avvocato nel Foro di Roma

I

TRIBUNALE ROMA, 24.5.2018, ord. – Est. Bellini – T.I. Spa (avv.ti M. Marazza, M. Marazza, De Feo) c. C.M. (avv. Salvagni).

Trasferimento del lavoratore – *Ius variandi* del datore di lavoro – Riorganizzazione aziendale – Illegittimità del trasferimento con dequalificazione per adibizione a mansioni inferiori esorbitanti un solo livello.

Ai sensi dell'art. 2103 c.c. (come novellato dal d.lgs. n. 81/2015), in ipotesi di asserita ristrutturazione aziendale, è illegittima l'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori di due o più livelli contrattuali o, comunque, esorbitanti un solo livello di inquadramento, ciò determinando anche l'illegittimità del trasferimento disposto al fine dell'adibizione a tali mansioni. (1)

II

TRIBUNALE ROMA, 1.3.2018, ord. – Est. Pucci – C.M. (avv. Salvagni) c. T.I. Spa (avv.ti M. Marazza, M. Marazza, De Feo).

Trasferimento del lavoratore – Dequalificazione – Norma imperativa inderogabile dalla contrattazione collettiva – Qualificazione dell'unità produttiva.

La disciplina dettata dall'art. 2103 c.c. non è derogabile in sede di contrattazione collettiva qualora il trasferimento del lavoratore interessi due sedi che, seppur dislocate nel medesimo comprensorio comunale, integrano i requisiti di autonomia e indipendenza propri dell'unità produttiva. (2)

(1-2) TRASFERIMENTO, DEQUALIFICAZIONE
E NUOVO ART. 2103 C.C.: I LIMITI ALLO *IUS VARIANDI*

1. — Le ordinanze oggetto di commento offrono molteplici spunti di riflessione per affrontare la tematica relativa alla interpretazione e applicazione del nuovo articolo 2103 c.c., con particolare riferimento alla dequalificazione professionale che venga operata a seguito di un processo di riorganizzazione aziendale.

Sebbene il provvedimento più recente tra i due in commento sia quello datato 24 maggio 2018, nella presente trattazione si procederà ad analizzare il contenuto dell'ordinanza del 1° marzo 2018 in quanto maggiormente esplicativa dei principi poi confermati *in toto* in sede di reclamo.

La nuova norma riformula il potere datoriale sotto un duplice profilo: da un lato, eliminando il principio dell'equivalenza, prevede la possibilità di modificare le man-

sioni del lavoratore, purché siano «riconducibili allo stesso livello e categoria di inquadramento delle ultime effettivamente svolte»; dall'altro, introduce espressamente la facoltà di variare *in peius* tali mansioni, purché le stesse siano «appartenenti al livello di inquadramento inferiore» e in ragione di una riorganizzazione aziendale.

Nel caso di specie, i giudici capitolini analizzano e interpretano la nuova normativa con riferimento all'ipotesi di trasferimento del lavoratore disposto con mutamento delle mansioni *in peius* (Sui primi esiti applicativi del nuovo art. 2103 c.c. si vd.: T. Roma 30.9.2015 – Est. Sordi –, in *RIDL*, 2015, II, 1044 ss.; T. Ravenna 30.9.2015 – Est. Rivero –, sull'applicazione del nuovo art. 2103 c.c. dopo il *Jobs Act*, in *RGL*, 2016, II, 405-421, con nota di Terenzio).

2. — Con le ordinanze del 1° marzo e del 24.5.2018, il Tribunale di Roma, in funzione di giudice cautelare, ha accolto il ricorso promosso *ex art.* 700 c.p.c. da una lavoratrice, riconoscendo l'illegittimità del trasferimento presso una sede sita nel medesimo territorio comunale e la relativa assegnazione a mansioni inferiori. L'azienda è stata condannata ad adibire la dipendente alle mansioni di V livello in quanto è stato accertato che, a seguito del provvedimento datoriale, la stessa era stata assegnata a mansioni riconducibili al II e/o III livello del Ccnl di settore.

Le pronunce si impongono all'attenzione sotto un duplice profilo, giacché, da un lato, qualificano il provvedimento datoriale alla stregua di un trasferimento *ex art.* 2103 c.c. e, dall'altro, ritengono la sussistenza del *periculum in mora* scaturente dall'assegnazione della lavoratrice a mansioni inferiori, ma soprattutto incompatibili con una patologia insorta a seguito dell'illegittima condotta datoriale.

Quanto alla prima questione affrontata dalle ordinanze in oggetto, i giudici hanno riconosciuto espressamente la natura di trasferimento del provvedimento datoriale, disattendendo le eccezioni sollevate dall'azienda convenuta in ordine all'applicabilità di quanto disposto dall'art. 25 Ccnl telecomunicazioni in deroga all'art. 2103 c.c. In particolare, il Tribunale di Roma, nell'accogliere la nozione di unità produttiva offerta dalla giurisprudenza di legittimità [*Ex multis*, cfr. Cass. 30.9.2014, n. 20600, in *RFI*, 2014, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 890], ha ritenuto irrilevante che, nel caso di specie, il trasferimento abbia interessato due sedi site nel medesimo comprensorio. Al contrario, ha riconosciuto la sussistenza dell'autonomia funzionale e dell'indipendenza tecnico-amministrativa necessarie ai fini della configurabilità di due distinte unità produttive, così rilevando la diretta applicabilità della disciplina imperativa dettata dall'art. 2103 c.c. alla fattispecie dedotta in giudizio, stante la sussistenza di entrambi i presupposti applicativi della norma *de qua*.

Tanto premesso, i giudici capitolini, se da un lato hanno riconosciuto l'astratta configurabilità di una riorganizzazione aziendale e, quindi, la sussistenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive richieste ai sensi dell'art. 2103 c.c., dall'altro, tuttavia, hanno rilevato l'illegittimità del provvedimento datoriale nella parte in cui dispone l'assegnazione della lavoratrice a mansioni inferiori di ben tre livelli (o, comunque, di due) rispetto a quello attribuito alla medesima, ossia al V livello. Sul punto, il Tribunale di Roma ha accertato la riconducibilità delle nuove mansioni di portierato (denominate nell'azienda «*site specialist*») svolte dalla dipendente a compiti riferibili al II e/o III livello di inquadramento contrattuale, stante la natura meramente operativa e l'assenza di autonomia propria del superiore livello di appartenenza della lavoratrice.

Pertanto, è stata riconosciuta l'illegittimità del trasferimento poiché disposto in violazione del novellato art. 2103 c.c., in quanto, secondo i giudici capitolini, la norma, pur consentendo l'assegnazione unilaterale a mansioni inferiori in ipotesi di modifica degli assetti organizzativi aziendali, preclude l'esercizio dello *ius variandi* che comporti una dequalificazione di due o più livelli contrattuali, o comunque esorbitante un solo livello di inquadramento.

3. — Il ragionamento decisorio condotto dal Tribunale di Roma, comune a entrambe le ordinanze annotate, si fonda sull'assunto secondo cui l'art. 2103 c.c. è norma imperativa e non derogabile dalla contrattazione individuale e collettiva.

La società datrice di lavoro eccepiva la circostanza che le due sedi (quella di provenienza e quella di destinazione) insistessero sul territorio del medesimo comune, invocando l'applicazione dell'art. 25 Ccnl telecomunicazioni, il quale pone una deroga alle norme legali in materia di trasferimento. La norma collettiva, dopo aver riprodotto al primo comma la disciplina dell'art. 2103 c.c., esclude la configurabilità di un trasferimento quando lo spostamento avvenga nell'ambito del medesimo comprensorio (inteso nel caso di specie nel territorio comunale di Roma).

Nelle ordinanze in commento, i giudici, partendo dall'assunto per cui l'art. 2103 c.c. ha natura imperativa e inderogabile, rilevano che il citato art. 25 pone una regolamentazione più restrittiva, e quindi illegittima, con riferimento ai trasferimenti disposti nell'ambito del comprensorio, rispetto ai quali torna ad applicarsi la disciplina prevista dalla norma civilistica.

In sostanza, secondo il Tribunale di Roma, l'art. 25 Ccnl telecomunicazioni, limitando l'operatività dell'art. 2103 c.c., determina una deroga *in peius* del tutto inammissibile in ragione della natura imperativa della norma codicistica.

Come è stato correttamente affermato dalla dottrina, con riguardo a una fattispecie analoga a quella in commento, se il giudice avesse valutato l'art. 25 del Ccnl «non già come fonte di ulteriori obblighi per il datore di lavoro, ma come derogatorio *in peius* della disciplina legale, avrebbe, da un lato, violato i canoni ermeneutici in materia contrattuale pacificamente utilizzati dalla giurisprudenza e, dall'altro, condotto la clausola contrattuale alla nullità, perché in contrasto con norme imperative» (In tal senso, si veda Viola, in *RGL*, 2017, II, 473, la quale ha commentato due ordinanze del Tribunale di Roma pronunciate su vicende simili).

4. — Secondo la nozione di trasferimento *ex* art. 2103 c.c., la fattispecie non risulta integrata quando lo spostamento venga attuato nell'ambito della medesima unità produttiva con riguardo ad articolazioni aziendali che, sebbene dotate di una certa autonomia amministrativa, siano destinate a scopi interamente strumentali o a funzioni ausiliarie sia rispetto ai generali fini dell'impresa, sia rispetto a una frazione dell'attività produttiva della stessa.

Nel tempo si sono succedute varie tesi e ricostruzioni tese ora ad allargare, ora a restringere il concetto di unità produttiva, incidendo indirettamente anche sul potere/diritto del datore di lavoro di assegnare il lavoratore a una sede diversa da quella di appartenenza.

In merito, si segnala un primo orientamento giurisprudenziale che attribuiva carattere decisivo al criterio della distanza geografica (Cfr. Cass. 15.9.1987, n. 7249, in

RFI, 1987, voce cit., n. 1882; Cass. 18.5.1984, n. 3076, in *GC*, 1985, I, 115, con nota di P. Ghinoy, nonché in *GI*, 1985, I, 1, 1425), cui ha fatto seguito una diversa ricostruzione incentrata sulla nozione di unità produttiva. Unità produttiva da intendersi non già come sede, ufficio, stabilimento, o reparto, bensì come articolazione autonoma, dotata di indipendenza tecnico-organizzativa, nella quale si esaurisce una parte del ciclo produttivo [Cfr., *ex multis*: Cass. 30.9.2014, n. 20600, in *RFI*, 2014, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 890; Cass. 21.7.2000, n. 9636]. Vi sono, poi, alcuni indirizzi giurisprudenziali che addirittura estendono la nozione di trasferimento alle ipotesi in cui lo spostamento avvenga nell'ambito della medesima unità produttiva, quando le sedi siano particolarmente distanti tra di loro (In tal senso si veda: Cass. 18.5.2010, n. 12097, in *GI*, 2011, 589, con nota di Di Spilimbergo, nonché in *OGI*, 2010, I, 655; Cass. 29.3.2003, n. 11660, in *RFI*, 2004, voce cit., n. 1209).

Nel caso di specie, la società datrice assumeva l'identità dell'unità produttiva rappresentata dalle due sedi di provenienza e di destinazione anche in ragione della collocazione delle stesse entro il territorio dello stesso comune. Sul punto, il giudice di prime cure ritiene che le due sedi costituiscano distinte unità produttive in quanto dotate di autonomia funzionale, tecnica e amministrativa.

5. — In virtù di quanto sin qui evidenziato, si può affermare che il nuovo art. 2103 c.c. riconosce al datore di lavoro uno *ius variandi* (unilaterale) ben più esteso e flessibile, così superando il concetto di «equivalenza», o bagaglio professionale, nonché il principio della immodificabilità *in peius* delle mansioni, consentendo di adibire il prestatore a mansioni non solo diverse, purché rientranti nella medesima categoria legale di appartenenza, ma addirittura inferiori a quelle espletate in precedenza (Sul punto, si vd.: Amendola 2015, 511; Brollo 2015, 42; Pileggi 2016, 71; Salvagni 2017a, 259-261).

Peraltro, come rilevato dal giudice di prima istanza, «la legittimità del demansionamento è circoscritta all'ipotesi in cui la dequalificazione operi con riguardo a un solo livello di inquadramento inferiore», e sempre che risulti l'obiettivo esistenza di una riorganizzazione aziendale, della cui prova è onerato il datore di lavoro.

Sul punto si era già espresso il Tribunale di Roma, affermando che il concetto di «livello» o «categoria» opera come limite al potere di modificare le mansioni quando risulti, come nel caso di specie, che il provvedimento datoriale sia stato disposto proprio allo scopo di adibire il prestatore a mansioni diverse da quelle da ultimo svolte presso la sede di provenienza. In particolare, il giudice capitolino ha rilevato che «la nuova regola condiziona, inevitabilmente, anche l'istituto del trasferimento sulla possibilità di assegnare compiti nuovi o diversi dal precedente bagaglio professionale posseduto dal lavoratore» [In tal senso T. Roma 28.2.2017, nonché T. Roma 5.5.2017, in *LPO*, 2017, n. 11-12, 722-744, con nota di Salvagni (Salvagni 2017b)].

In tale ipotesi, il sindacato sulla legittimità del trasferimento non può prescindere dall'accertamento della dequalificazione professionale conseguente al medesimo, secondo un inestricabile meccanismo di causa-effetto, in cui si realizza una fattispecie a formazione progressiva ove i due distinti piani si intersecano tra di loro, lasciando emergere quelli che sono i reali limiti allo *ius variandi* datoriale.

In questi termini si esprime il giudice di prime cure, il quale, con l'ordinanza del 1.3.2018, dopo aver verificato che le nuove mansioni assegnate alla ricorrente

risultano inferiori di ben tre livelli rispetto a quello di inquadramento contrattuale, secondo il citato meccanismo causa-effetto, ne deduce l'illegittimità del trasferimento in quanto, peraltro, disposto proprio allo scopo di adibire la lavoratrice a dette mansioni.

Il datore di lavoro, quindi, secondo la prospettazione dell'ordinanza in esame, avrebbe ben potuto impiegare la dipendente in mansioni riferibili al livello immediatamente inferiore rispetto a quello di inquadramento contrattuale, stante il nuovo testo dell'art. 2103 c.c., che, pur non ponendo più il limite dell'equivalenza delle mansioni al fine della ricerca di una posizione alternativa del lavoratore all'interno dell'organizzazione aziendale, subordina, tuttavia, lo *ius variandi* al rispetto della categoria legale di appartenenza e la modifica *in peius* al «livello di inquadramento inferiore».

In proposito, è stato sostenuto dalla giurisprudenza che il legislatore del 2015 avrebbe così avvicinato il sistema di tutele privatistiche a quello previsto dall'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001 in materia di pubblico impiego, posto che tale ultima norma, così come il nuovo art. 2103 c.c., assegna rilievo al solo criterio dell'equivalenza formale (T. Roma, 30.9.2015 – Est. Sordi –, in *RIDL*, 2015, II, 1044 ss.).

Non sfugge a chi scrive che, in un momento storico, quale quello attuale, in cui il baluardo dell'art. 18 della legge n. 300/1970 è definitivamente tramontato a seguito del *Jobs Act* e la difesa del lavoratore arretra in maniera sempre più pericolosa dinanzi a interessi di natura prevalentemente economica connessi alla stabilità del sistema impresa, il diritto vivente può (*rectius*: deve) giocare un ruolo decisivo nell'estensione delle tutele del prestatore, facendosi interprete delle istanze promananti dalla collettività e fautore di un processo di adeguamento della norma generale e astratta a quella materiale e concreta.

In tal senso, la questione dei limiti del potere/diritto datoriale di modifica, anche *in peius*, delle mansioni, alla luce del riformato art. 2103 c.c., si pone quale estremo presidio a tutela del lavoratore e quale ago della bilancia nel contesto della delicata opera di contemperamento di contrapposti interessi rimesso alla magistratura e, più in generale, agli operatori del diritto.

Riferimenti bibliografici

- Amendola F. (2015), *La disciplina delle mansioni del d.lgs. del 15 giugno 2015, n. 81*, in *DLM*, 511 ss.
- Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in Carinci F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, Adapt University Press – Pubblicazione online della collana Adapt, Modena, 42 ss.
- Pileggi A. (2016), *L'assegnazione a mansioni inferiori*, in Piccinini I. et al. (a cura di), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Roma, in *LPO*, 71 ss.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 151 ss.
- Salvagni M. (2017a), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'obbligo di re-pêchage anche in mansioni inferiori nell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale prima e dopo il Jobs Act*, in *LPO*, n. 5-6, 228 ss.
- Salvagni M. (2017b), *Il diritto del lavoratore titolare dei benefici ex art. 33. comma 5, l. n. 104/92, a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio del disabile*, in *LPO*, n. 11-12, 728 ss.

Terenzio E.M. (2016), *Gli inevitabili problemi applicativi della sopravvenuta abrogazione del criterio dell'equivalenza delle mansioni*, in *RGL*, n. 3, II, 404 ss.

Viola L. (2017), *Il trasferimento del lavoratore disabile tra limiti legali e disciplina pattizia*, in *RGL*, n. 3, II, 470 ss.

Rosalina Panetta
Avvocata nel Foro di Roma

TRIBUNALE TORINO, 7.5.2018 – Est. Buzano – X.X. (avv.ti Bonetto, Druetta) c. D.S. XXXVI Italy Srl (avv.ti Tosi, Lunardon, Realmonte).

Lavoro subordinato – Lavoro su piattaforma digitale – Ciclofattorini – Qualificazione del rapporto di lavoro – Subordinazione – Insussistenza.

Lavoro subordinato – Lavoro su piattaforma digitale – Ciclofattorini – Qualificazione del rapporto di lavoro – Eteroorganizzazione – Insussistenza.

Ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro intercorrente tra ciclofattorini e azienda della economia delle piattaforme, esclude la ricorrenza della eterodirezione la circostanza per cui il ciclofattorino non sia obbligato a fornire la prestazione lavorativa, avendo autonomia nella decisione dei turni per i quali candidarsi. La riconducibilità al lavoro subordinato è esclusa anche nel corso dei turni, dal momento che le prassi gestionali poste in essere dall'azienda si conformino a esigenze di coordinamento della prestazione rispetto all'attività aziendale ed è, quindi, escluso l'esercizio dei poteri del datore di lavoro. (1)

A seguito dell'introduzione dell'art. 2, c. 1, del d.lgs. n. 81/2015, non è configurabile un più ampio ambito di applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, configurando la stessa un ambito applicativo più ristretto rispetto a quello relativo all'art. 2094 c.c., dovendosi dimostrare, oltre alla sussistenza del potere direttivo e organizzativo, che esso sia esercitato anche con specifico riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. La ricorrenza di tale elemento è da dirsi esclusa laddove al lavoratore sia riconosciuta facoltà di stabilire se e quando fornire la propria disponibilità al lavoro. (2)

(1-2) LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL RAPPORTO DI LAVORO
DEI FATTORINI DI FOODORA TRA AUTONOMIA E SUBORDINAZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il percorso argomentativo: insussistenza della subordinazione. — 3. Il percorso argomentativo: insussistenza della eteroorganizzazione. — 4. Rilievi critici e possibili soluzioni ermeneutiche alternative.

1. — *Introduzione* — La sentenza in epigrafe costituisce la prima pronuncia sul rapporto di lavoro dei *riders* (1): i fattorini in bicicletta incaricati della consegna di cibo a domicilio gestita tramite *app*, già assurti agli onori della cronaca per aver organiz-

(1) Tra i primi commenti, vd.: Dagnino 2018; Lai 2018; Recchia 2018b. Mentre la presente nota andava in stampa, si è acquisita contezza di una successiva sentenza del Tribunale di

zato uno sciopero nelle città di Torino e Milano (2), per protestare contro le modifiche relative alle condizioni contrattuali proposte da Foodora (la multinazionale tedesca attiva nel settore del *food delivery*, protagonista anche della vicenda giudiziaria in esame).

Nel variegato contesto della *gig economy* (3), quello dei ciclofattorini si configura come una forma di lavoro *on demand* svolto per conto di una piattaforma digitale, che gestisce l'erogazione di un servizio tradizionale, in questo caso di recapito a domicilio, assicurato attraverso l'attività in presenza di un prestatore di lavoro, contattato per soddisfare l'esigenza dell'utente (4). Le piattaforme digitali, in realtà, non costituiscono un modello unitario, ma si organizzano secondo differenti modalità (5), potendo limitarsi ad abbinare i prestatori di lavoro agli utenti finali (6), ovvero optare per l'adozione di forme più pervasive di coordinamento e controllo sulla prestazione.

Il più noto esempio di quest'ultimo tipo, ma anche il più affine al caso di specie, è la piattaforma Uber, dedicata al trasporto passeggeri, che è stata protagonista di un significativo contenzioso giudiziario relativo alla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro in essere con i conducenti degli autoveicoli (7). Anche la Corte di Giustizia dell'Ue si è occupata di Uber, ma ad altri fini, e precisamente per individuare il regime giuridico applicabile ai servizi realmente offerti. La Corte ha concluso al riguardo che l'attività di intermediazione prestata da Uber con la sua *app* è un «servizio nel settore dei trasporti», e non un «servizio della società dell'informazione», e che, pertanto, non possono trovare applicazione nei suoi confronti le regole europee sulla libera circolazione dei servizi, la direttiva servizi e quella sul commercio elettronico (8).

Milano, che si è pronunciata sul caso di un autista addetto alla consegna di cibo a domicilio per conto di Foodinho Srl. La decisione, pubblicata il 10.9.2018, è disponibile all'indirizzo <http://www.bollettinoadapt.it/esclusa-la-natura-subordinata-del-rapporto-di-lavoro-del-rider-libero-di-decidere-se-e-quando-lavorare/>. La giudice meneghina perviene alle medesime conclusioni della sentenza in commento, quanto alla controversa qualificazione del rapporto di lavoro, escludendo la configurabilità della subordinazione sulla scorta di argomentazioni analoghe a quelle adottate dal Tribunale di Torino, che si andranno a esaminare in testo.

(2) Cfr. Recchia 2018a, 150 ss.

(3) Si utilizza l'espressione *gig economy*, o economia dei lavoretti, per evidenziare come l'economia digitale, la cui principale caratteristica è la disintermediazione, ossia l'eliminazione dei corpi intermedi che separano un bene o un servizio da chi vuole fruirne, facilitandone così l'accessibilità, porti con sé nuove forme di lavoro che si caratterizzano sovente per la loro invisibilità, nel senso che non sono neppure considerate come tali, o altrimenti si presentano come lavoro precario e mal pagato. Cfr., *ex multis*: De Stefano 2016; Tullini 2016, e i contributi della sezione tematica «Come cambia il diritto del lavoro nell'economia delle piattaforme», in *RGL*, 2017, n. 2, I, 171 ss.

(4) Su cui vd., tra gli ormai numerosi contributi: Dagnino 2015; Donini 2015; Aloisi 2016; Manzini 2017.

(5) Per un'articolata descrizione si rinvia a De Stefano 2017.

(6) Di qui la proposta di equipararle ad agenzie di somministrazione, su cui vd. Faioli 2017, 295 ss. e Ratti 2017.

(7) Cfr.: Birgilito 2016; Auriemma 2017; Pacella 2017a e 2017b. In Italia, il contenzioso si è sviluppato con diverso oggetto, su cui si rinvia a Brino 2018.

(8) Cfr. C. Giust. 20.12.2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain Sl* ECLI:EU:C:2017:981. Come è stato giustamente osservato, per effetto di questa pronuncia viene messa in crisi la qualificazione unica dell'attività svolta dalle piattaforme online

Gli esiti processuali dei ricorsi relativi alla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro intercorsi tra Uber e i suoi *drivers* non sono stati univoci. Tra i primi a occuparsene, i giudici statunitensi hanno concordemente riconosciuto che, in ragione dei poteri di controllo e disciplinare esercitati dall'azienda, Uber non fosse una mera piattaforma finalizzata alla semplice mediazione dell'incontro tra domanda (di trasporto) e offerta (di viaggio), ma una azienda di trasporto a tutti gli effetti (9). Sul piano della qualificazione del rapporto di lavoro, tuttavia, non si sono raggiunte soluzioni unitarie, né in merito ai criteri interpretativi da adottare, né rispetto all'alternativa tra *employee* e *independent contractor* (10), tanto più che le controversie sono state risolte o, comunque, sono approdate in sede extragiudiziale (11). Particolare interesse ha suscitato la pronuncia dell'*Employment Tribunal* di Londra (12), che, con una decisione poi confermata dalla Corte d'Appello (13), ha qualificato questi autisti come *workers*, ovvero una categoria intermedia tra lavoratori subordinati e autonomi, ai quali l'ordinamento britannico riconosce alcune limitate tutele (14). Al di fuori dei sistemi di *common law*, è stata pronunciata in Brasile, dal Tribunale del lavoro di Belo Horizonte, la sentenza che ha riconosciuto la sussistenza di un vincolo di subordinazione fra Uber e i suoi autisti, attraverso il rinvenimento di alcuni essenziali elementi strutturali, quali la personalità, la non occasionalità e l'onerosità della prestazione eseguita dai conducenti (15).

come mercati virtuali per l'incontro di domanda e offerta tra agenti economici indipendenti, e conseguentemente la loro estraneità alle responsabilità connesse con l'attività svolta da coloro che agiscono sulla piattaforma. In tal senso, vd. Smorto 2017.

(9) Vd., ad es., *Superior Court of California - County of San Francisco* 16.6.2015, n. CGC-15-546378, *Berwick v Uber Technologies Inc.*, disponibile all'indirizzo <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=historical>; *U.S. District Court Northern District of California*, case n. C13-3826, *EMC O'Connor v. Uber*, disponibile all'indirizzo <https://www.cand.uscourts.gov/EMC/OConnorvUberTechnologies>.

(10) Il 30.4.2018, la Corte Suprema della California ha emesso una sentenza storica nel caso *Dynamex Operations West, Inc. vs. Superior Court of Los Angeles*, S22732, in quanto ha adottato un nuovo criterio di qualificazione, rispetto ai più tradizionali *control test* e *dependency test* (su cui vd. Treu 2017, 4 ss.) Si tratta del cd. *ABC test*, in base al quale un lavoratore può considerarsi autonomo quando: a) il committente non esercita alcun controllo sull'esecuzione della prestazione; b) il servizio offerto dal lavoratore è estraneo all'attività ordinaria dell'impresa; c) il lavoratore esercita stabilmente un'attività commerciale, di impresa o una professione della stessa natura del lavoro svolto per il committente. La sentenza è disponibile all'indirizzo <https://scocal.stanford.edu/opinion/dynamex-operations-west-inc-v-superior-court-34584>.

(11) Treu 2017; Menegatti 2018, 98-99.

(12) *Central London Employment Tribunal* 28.10.2016, *Aslam and Farrar and others v Uber BV*, reperibile all'indirizzo <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf>. Tra i primi commenti, cfr.: Aloisi 2016; Cabrelli 2017. Per un'autorevole riflessione sulle implicazioni di tale pronuncia vd. Freedland, Countouris 2017.

(13) *Employment Appeal Tribunal* 10.11.2017, case n. UKEAT/0056/17/DA, disponibile all'indirizzo https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a046b06e5274a0ee5a1f171/Uber-B.V._and_Others_v_Mr_Y_Aslam_and_Others_UKEAT_0056_17_DA.pdf.

(14) Ad es., in materia di salario minimo (*National Minimum Wage Act* 1998) e ferie (*Working Time Regulation* 1998).

(15) *33a Vara do Trabalho de Belo Horizonte* 14.2.2017, n. 0011359-34.2016.5.03.0112, su cui si vedano i commenti di Pacella (2017c) e Ingraio (2018).

La questione della qualificazione del rapporto di lavoro intercorso tra le parti costituisce il fulcro anche della sentenza in commento. Il giudice del Tribunale di Torino, infatti, chiarisce da subito, nella premessa alla sua decisione, la propria volontà di attenersi rigorosamente al *petitum* e, quindi, di non affrontare altre complesse problematiche della *gig economy*, quali quelle connesse «all'adeguatezza del compenso e al presunto sfruttamento dei lavoratori da parte dell'azienda» (16).

2. — *Il percorso argomentativo: insussistenza della subordinazione* — La controversia trae origine dalla domanda di accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro presentata dai ricorrenti. In particolare, secondo la prospettazione attorea, il rapporto di lavoro, costituitosi con la sottoscrizione di contratti di collaborazione coordinata e continuativa, sarebbe poi stato svolto, in concreto, con modalità tali da configurare un vincolo di subordinazione.

Il percorso argomentativo del giudice si sviluppa nel solco tradizionale della distinzione binaria tra subordinazione e autonomia, elaborata dalla giurisprudenza.

Una volta ricostruite le concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro, il giudice giunge a escluderne la natura subordinata, in primo luogo, sulla scorta dell'assenza tanto di un obbligo a effettuare la prestazione, in capo al lavoratore, quanto di un obbligo a riceverla, da parte del datore di lavoro. Nello specifico, infatti, i fattorini potevano candidarsi o meno a effettuare le consegne secondo i turni predisposti da Foodora, la quale, a sua volta, era libera di accettare o rifiutare la candidatura del lavoratore per il singolo turno.

Al riguardo, il giudice richiama, ravvisandovi «una certa analogia» (17), la nota vicenda dei *pony express*, che riguardava l'inquadramento di una prestazione lavorativa avente per oggetto il servizio di consegna di plichi, eseguito da corrieri collegati via radio con la centrale operativa dell'impresa committente. Cassando le molteplici pronunce dei pretori, che avevano fatto valere il dato sociologico della dipendenza economica dei *pony express* nei confronti dell'impresa, per affermare la natura subordinata del rapporto di lavoro, la Corte di Cassazione, negli anni novanta del secolo scorso, aveva risolto la relativa questione qualificatoria affermando che proprio la non obbligatorietà della prestazione lavorativa escludeva in radice la subordinazione, poiché «la configurabilità della “etero direzione” contrasta con l'assunto secondo cui la parte che deve rendere la prestazione può, a suo libito, interrompere il tramite attraverso il quale si estrinseca il potere direttivo dell'imprenditore» (18).

Tale circostanza, dunque, si sarebbe potuta considerare già di per sé dirimente, secondo tale approccio ermeneutico, al fine di escludere la sussistenza dell'eterodirezione. Tuttavia, il giudice non si è voluto sottrarre a un'ulteriore verifica, relativa all'eventuale sottoposizione dei ricorrenti ai poteri datoriali, una volta che, manife-

(16) Simili questioni si sarebbero poste con riferimento alle domande accessorie presentate dai ricorrenti, che il giudice ha respinto in conseguenza del mancato riconoscimento della subordinazione.

(17) Nello stesso senso, Voza 2017b.

(18) Cass. 10.7.1991, n. 7608, in *RIDL*, 1992, II, 103 ss.; Cass. 25.1.1993, n. 811, in *OGI*, 877 ss.

stata la propria disponibilità a effettuare le consegne, fossero stati inseriti in un determinato turno di lavoro (19).

La giurisprudenza, infatti, come è noto, nel suo orientamento largamente maggioritario, ha individuato l'elemento identificativo, determinante ed essenziale, della subordinazione, ai sensi dell'art. 2094 c.c., nell'eterodirezione della prestazione di lavoro, intesa come vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, che segna appunto il confine con il lavoro autonomo (20).

Nondimeno, l'esito di questa ulteriore analisi ha rafforzato il convincimento del giudice circa l'inesistenza dell'eterodirezione nel rapporto di lavoro dei ciclofattorini e fornito, secondo l'apprezzamento dello stesso, una conferma della non riconducibilità di tale rapporto nell'ambito del lavoro subordinato.

Con riferimento al potere direttivo, infatti, pur ammettendo che, nell'epoca del lavoro digitale, esso può esplicarsi attraverso strumenti tecnologici e modalità a distanza, anziché nella forma tradizionale degli ordini specifici impartiti in presenza di un superiore, il Tribunale ha escluso che, nel caso di specie, Foodora avesse fatto uso delle tecnologie per tale finalità.

Nessun accoglimento hanno trovato, quindi, le doglianze dei ricorrenti, con le quali essi lamentavano di essere stati destinatari dell'esercizio di tale potere per il tra-

(19) Il giudice non ha ritenuto, invece, di vagliare la riconducibilità della prestazione lavorativa dei *riders* nell'ambito del contratto di lavoro intermittente. D'altra parte, quando anche avesse proceduto in tal senso, avrebbe dovuto escludere tale riconducibilità, mancando nel caso di specie quell'obbligo di disponibilità da parte del lavoratore che caratterizza il lavoro a chiamata e consente di qualificarlo come lavoro subordinato, nonostante la discontinuità della prestazione. I ciclofattorini di Foodora, infatti, non solo non sono obbligati a rispondere alla chiamata, ma, una volta accettata quest'ultima, possono ancora sottrarsi all'esecuzione della prestazione senza obbligo di giustificazione, semplicemente presentandosi al punto di partenza. Il lavoratore intermittente, invece, se assume l'obbligo di rispondere alla chiamata, deve poi fornire una giustificazione in caso di mancata risposta, altrimenti può essere licenziato. Quanto alla seconda tipologia di lavoro intermittente, quella senza obbligo di rispondere alle chiamate del datore di lavoro, appare scarsamente risolutiva ai fini qualificatori, dal momento che se ne sono prospettate in dottrina diverse ipotesi ricostruttive: da quelle che, in assenza di obbligo di disponibilità, escludono che possa sussistere un contratto di lavoro, per cui si tratterebbe piuttosto di un contratto normativo o preliminare, a quelle che si muovono nel più tradizionale solco dell'alternativa tra subordinazione e autonomia. Cfr.: Spinelli 2015; Voza 2015; Mattei 2017, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

(20) La sussistenza dell'eterodirezione può essere accertata in via diretta, oppure mediante criteri distintivi ausiliari. Rilevano, allora, elementi quali l'assenza del rischio, le modalità di erogazione della retribuzione, la regolamentazione dell'orario di lavoro, come pure l'alienità degli strumenti di lavoro e l'inserimento stabile e costante del lavoratore nell'organizzazione aziendale, che assumono, però, natura meramente sussidiaria e non decisiva, quali indici sintomatici della subordinazione. Ciò significa che la loro presenza lascia presumere la sussistenza della subordinazione, ma la loro assenza non è sufficiente a escluderla. Si vedano, *ex multis*: Cass. 27.10.2016, n. 21710; Cass. 16.5.2016, n. 10004; Cass. 21.10.2014, n. 22289, Cass. 31.10.2013, n. 24561, Cass. 17.6.2010, n. 14639. Ancora, di recente, Cass. 3.10.2017, n. 23056, e Cass. 21.7.2017, n. 18018, con nota di La Tegola 2018, e ivi altri riferimenti giurisprudenziali.

mite di direttive tecniche dettagliate rispetto all'intero *iter* relativo alla consegna, poiché il giudice, per un verso, ha negato che fossero state fornite sufficienti prove delle circostanze rappresentate e, per altro verso, ne ha escluso la rilevanza ai fini della qualificazione subordinata del rapporto, in quanto compatibili con la nozione di coordinamento che caratterizza le co.co.co.

In particolare, il giudice ha escluso che vi fosse stata una determinazione unilaterale del luogo e dell'orario di lavoro (punti di partenza e fasce orarie prestabiliti), stante la possibilità per i *riders* di fornire o meno la disponibilità per i turni indicati dall'azienda in base alle proprie esigenze personali e, in caso di accettazione, di scegliersi il percorso da effettuare per le consegne, solo «suggerito» attraverso il Gps dell'applicazione. Inoltre, essendo previsto nel contratto che i ricorrenti dovessero ricevere un compenso orario, doveva considerarsi logico che essi fossero tenuti a fare le consegne nelle ore per le quali ottenevano tale compenso.

Altre attività svolte da Foodora – quali la verifica della presenza del fattorino nei luoghi di partenza e dell'attivazione dell'applicazione da parte sua; la richiesta di comunicare la mancata accettazione di un ordine con le relative motivazioni; le chiamate effettuate dallo staff per accertarsi dell'accettazione o meno dell'ordine; le chiamate di sollecito effettuate a fronte del ritardo nella consegna, rilevato grazie alla geolocalizzazione –, ritenute dai ricorrenti manifestazione dell'esercizio del potere direttivo, sono state invece valutate dal giudice quali attività necessarie ai fini del coordinamento. Per soddisfare le esigenze del cliente, infatti, l'azienda ha la necessità di sapere se il fattorino accetta e, quindi, esegue l'ordine, così da poter provvedere altrimenti, in caso ciò non avvenga. Non può essere trascurato al riguardo che, una volta accettato il turno, i fattorini avevano ancora la possibilità di non presentarsi al punto di partenza a rendere la prestazione, senza alcuna comunicazione preventiva (cd. *no show*).

Prive di rilievo, infine, per quanto attiene all'identificazione di un vincolo di soggezione al potere direttivo, dovevano considerarsi, a parere del giudice, la mancata previsione nell'applicazione di un tasto per rifiutare la consegna, come pure la richiesta di prolungare l'attività oltre fine turno, in caso fosse intervenuto l'ordinativo per una consegna in prossimità di tale momento, considerato che l'azienda comunque acquisiva la disponibilità del *riders* e prevedeva un compenso ulteriore, nonché le attività promozionali richieste, risultando le stesse meramente accessorie rispetto alla prestazione.

Ad analoghe conclusioni perviene la sentenza con riferimento all'esercizio del potere disciplinare, al quale i ricorrenti lamentavano di essere sottoposti ogni qual volta Foodora ne disponeva l'esclusione, temporanea o definitiva, dalla *chat* aziendale o dai turni di lavoro, in caso di lamentele o comportamenti non graditi, o ancora per sanzionare richieste di cambi turno o la mancata presentazione al turno prenotato. Ad avviso del giudicante, non solo non risultava confermato, tenuto conto delle prove testimoniali, che simili comportamenti fossero stati effettivamente adottati dall'azienda, ma soprattutto, ove in ipotesi si fossero verificati, comunque non si sarebbe trattato di adozione di sanzioni disciplinari. Ai sensi dell'art. 7 St. lav., in effetti, le sanzioni disciplinari, peraltro tipizzate, hanno come caratteristica comune la privazione di diritti dei lavoratori, che non è dato ravvisare nei casi di esclusione dalla *chat* o dai turni aziendali. I ciclofattorini, infatti, rammenta ancora il Tribunale, non hanno alcun diritto a esservi inseriti, dal momento che l'azienda, ai sensi del contratto stipulato tra le parti, non ha l'obbligo di accettarne la candidatura, né la prestazione.

3. — *Il percorso argomentativo: insussistenza della eteroorganizzazione* — A conclusione del suo *iter* argomentativo, il giudice prende in considerazione la richiesta avanzata in via subordinata dai ricorrenti, intesa a valorizzare il disposto dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, a norma del quale la disciplina del rapporto di lavoro subordinato si applica «anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

Al riguardo, facendo propria la posizione assunta dalla difesa della società, il giudice afferma che la richiamata disposizione sarebbe improduttiva di nuovi effetti giuridici in ordine alla disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro. Secondo tale ricostruzione, nonostante l'intendimento del legislatore, l'art. 2, c. 1, configurerebbe una nozione addirittura più ristretta di quella di cui all'art. 2094 c.c., in quanto il lavoratore dovrebbe pur sempre essere sottoposto al potere direttivo del datore di lavoro, che dovrebbe estrinsecarsi *anche* con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. Rispetto a quest'ultimo aspetto, peraltro, sarebbe ancora una volta la libertà di decisione — spettante ai ricorrenti sul se e quando rendersi disponibili a effettuare la prestazione —, che consentirebbe di escludere la sussistenza del requisito indicato dalla norma.

4. — *Rilievi critici e possibili soluzioni ermeneutiche alternative* — Il tema della qualificazione giuridica del lavoro per le piattaforme digitali è controverso e divide gli interpreti. La sua sempre maggiore diffusione spinge a interrogare le categorie tradizionali del diritto del lavoro — non solo la distinzione tra autonomia e subordinazione (21), ma persino la stessa identificazione del datore di lavoro (22) — al fine di misurarne l'idoneità a svolgere la tradizionale funzione classificatoria. D'altro canto, le difficoltà nuove — e forse superiori al passato —, poste oggi dalle operazioni ermeneutiche, suggeriscono di individuare anche percorsi alternativi, come spostare l'attenzione dalla qualificazione della fattispecie alla individuazione dei rischi (23) e alla definizione delle tutele più confacenti (24). Al riguardo, il legislatore si fa cogliere ancora impreparato (25) e, quindi, alla giurisprudenza resta affidata un'importante funzione di supplenza.

(21) Cfr., *ex multis*: Weiss 2016; Garofalo 2017; Perulli 2018b.

(22) Prassl 2015; Däubler, Klebe 2016; Prassl, Risak 2017.

(23) Loi 2017.

(24) Voza 2017b; Perulli 2017; Treu 2017.

(25) La proposta di legge sull'economia collaborativa presentata nella scorsa legislatura (d.d.l. A.C. n. 3564 del 27.1.2016) non affrontava affatto il nodo dei rapporti di lavoro. Su questa e su altre proposte di legge, vd. Dagnino 2018. Per un'analisi comparata, cfr. Dirringer 2017. Il Governo in carica, nella prima versione del cd. «decreto dignità», aveva proposto una riscrittura dell'art. 2094 c.c., intesa a ricondurre nell'ambito della subordinazione il lavoro tramite piattaforme digitali, poi espunta dal testo definitivamente approvato (d.l. 12.7.2018, n. 87, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, l. 9.8.2018, n. 96). La questione è stata spostata al tavolo con le parti sociali, le aziende e i *riders*, convocato dal ministro del Lavoro Luigi Di Maio, che attende una terza convocazione per settembre. Nel frattempo, Foodora ha annunciato il suo ritiro dall'Italia (ma anche da altri paesi, come la Francia, l'Olanda e l'Australia) per le difficoltà del mercato (cfr. Ciccarelli 2018).

Secondo alcuni Autori, il lavoro per le piattaforme digitali – almeno in alcune sue forme, come appunto nel caso degli autisti di Uber e dei ciclofattorini – può ricondursi pienamente nell’area della subordinazione, a condizione che si superi la visione che la confina nell’ambito dell’organizzazione taylorista-fordista (26). In particolare, percorsi possibili per l’interpretazione giurisprudenziale della subordinazione digitale si rintracciano fin d’ora, ad esempio, nella valorizzazione della lettura offerta dalla nota pronuncia della Corte costituzionale – rimasta, invero, alquanto negligita – che ha indicato come tratto caratterizzante della fattispecie di cui all’art. 2094 c.c. la dipendenza, intesa come doppia alienità (27), dell’organizzazione e del risultato (28), rispetto alla persona che lavora, o, ancora, evidenziando, con riferimento all’assoggettamento ai poteri datoriali, nel solco della cd. subordinazione attenuata (29), la pervasività dei controlli che l’uso della tecnologia rende possibile (30), per cui, a fronte di un potere direttivo che si scolera, pur senza scomparire, manifestandosi attraverso l’emanazione di direttive sempre più generiche – quando non è addirittura presente solo in potenza –, è il potere di controllo che si rafforza (31).

Con riferimento al caso in oggetto, invece, il Tribunale di Torino ha adottato un’interpretazione rigidamente ancorata all’orientamento giurisprudenziale più tradizionale e consolidato in materia, per cui, rigettando la domanda dei ricorrenti di accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro, ha confermato la legittimità del contratto di collaborazione coordinata e continuativa sottoscritto con Foodora.

Questo approccio ermeneutico, peraltro, è stato condiviso da una parte della dottrina, che considera convincente la ricostruzione operata sulla scorta del paragone con i *pony express*. In particolare, si sottolinea la possibilità di scelta dei ciclofattorini sul se, come, quando e quanto lavorare, ritenuta indicativa dell’autonomia organizzativa di cui essi godono nell’esecuzione della prestazione lavorativa, che, connotata da mera continuità materiale e non giuridica, si attua nell’ambito di un’attività di coordinamento svolta dal committente tramite l’applicazione (32). Gli stessi Autori escludono espressamente la soluzione alternativa che l’ordinamento offre attraverso l’art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, ovvero la qualificazione dei rapporti di lavoro con Foodora come collaborazioni organizzate dal committente, per le quali il legislatore prevede l’applicazione della disciplina giuslavoristica del lavoro subordinato (33).

(26) Bavaro 2018.

(27) C. cost. 5.2.1996, n. 30, in *GC*, 1996, I, 915.

(28) L’alienità del risultato è un elemento qualificante della subordinazione nell’ordinamento spagnolo, ai sensi dell’art. 1.1. dell’*Estatuto de los Trabajadores*, e appunto su questa base, insieme ad altri requisiti, si è fondata la decisione del Tribunale di Valencia per qualificare i *riders* di Deliveroo come falsi autonomi. Cfr. Todolí 2018 e Pacella 2018.

(29) Sull’elaborazione giurisprudenziale in materia vd., di recente: Cass. 10.5.2016, n. 9463, S. I; Cass. 1.8.2013, n. 18414.

(30) Tullini 2017; Consiglio 2018.

(31) Invero, il Tribunale di Torino si è occupato di tale aspetto, esaminando l’ultima delle domande accessorie, per concludere nel senso che non risultavano violati né l’art. 4, l. n. 300/1970, né la normativa sulla *privacy*.

(32) Biasi 2018, 84 ss.; Menegatti 2018, 105 ss.

(33) In tali circostanze, il legislatore ravvisa una condizione di dipendenza organizzativa del

In realtà, ad avviso di chi scrive, tale ipotesi è stata poco esplorata anche dal giudice, nel momento in cui ha deciso di aderire all'interpretazione della suddetta previsione che la considera soltanto una norma apparente (34) e, quindi, inutile, trascurando altre ricostruzioni ermeneutiche pur prospettate in dottrina (35).

In particolare, la lettura che in verità pare da preferire, in quanto ispirata da una logica semplificatrice, tesa a rigettare la creazione di tipi contrattuali intermedi (36) e a facilitare la qualificazione «binaria» delle fattispecie concrete, suggerisce di interpretare l'art. 2, c. 1, in combinato disposto con la novella dell'art. 409, n. 3, c.p.c., introdotta dall'art. 15 della legge n. 81 del 2017, e dunque successivamente all'emanazione del predetto art. 2. A seguito di tali modifiche, infatti, l'art. 409, n. 3, c.p.c. costituisce ormai la norma definitoria generale in materia di collaborazioni (37).

Più precisamente – ricordando, incidentalmente, che l'art. 409 c.p.c. individua i rapporti di lavoro le cui controversie sono soggette al processo del lavoro –, mentre l'originaria formulazione del n. 3 riguardava, tra gli altri, i «rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato», l'art. 15 della l. n. 81/2017 ha aggiunto, in coda a tale previsione, la precisazione che «la collaborazione si intende

prestatore d'opera e, quindi, una condizione di debolezza contrattuale, che rivela un maggior bisogno di tutele e, perciò, impone l'estensione della disciplina del lavoro subordinato. Così Pallini 2016, 75. La previsione normativa non contiene alcun criterio selettivo in ordine alle tutele applicabili, optando per un approccio universalistico, per cui, come conferma la circolare del ministero del Lavoro n. 3, del 1.2.2016, deve ritenersi che si estendano tutte le tutele, legali e contrattuali, connesse al lavoro subordinato. Tuttavia, questa opzione universalistica va accolta con cautela, in quanto risulterebbe incoerente, da un punto di vista sistematico, estendere a questi lavoratori, che sono pur sempre autonomi, non soltanto le disposizioni riguardanti la tutela del lavoratore subordinato, ma anche quelle più direttamente riguardanti l'attribuzione e l'esercizio dei poteri datoriali in cui si sostanzia la subordinazione. In tal senso, vd. Carabelli 2018, 56-57. Analoghi dubbi sull'applicabilità della tutela previdenziale dei lavoratori subordinati ai collaboratori eteroorganizzati avanza Persiani (2015).

(34) Così Tosi (2015, 1130), il quale ritiene che l'eteroorganizzazione coincida con l'eterodirezione.

(35) Per questa disposizione, infatti, la dottrina ha proposto diverse interpretazioni, sebbene il dibattito si sia polarizzato sulla riconducibilità o meno delle collaborazioni eteroorganizzate nell'area della subordinazione. In questo senso, ravvisano nell'art. 2 un sostanziale recepimento di alcuni dei cd. indici sintomatici della subordinazione adoperati dalla giurisprudenza: Nuzzo 2015, 8; Santoro Passarelli 2015, 16. Per Nogler (2015, 24), la norma pone una presunzione assoluta di subordinazione. Ad avviso di Razzolini (2015), invece, si è trattato di un intervento modificativo della nozione di subordinazione contenuta nell'art. 2094 c.c. Al contrario, ritengono che la norma in questione disponga la riconduzione degli effetti tipici della subordinazione a forme genuine di lavoro autonomo: Pessi 2015; Marazza 2016; Occhino 2016; Perulli 2016, 27 ss.; Zilio Grandi 2016; Voza 2017a, 3-4. In giurisprudenza, vd., in senso conforme, T. Milano 31.5.2018, inedita a quanto consta.

(36) Secondo l'opinione prevalente della dottrina che riconduce le collaborazioni nell'area dell'autonomia, il potere unilaterale di eteroorganizzazione riconosciuto al committente dall'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, andrebbe distinto non soltanto dal potere direttivo, ma anche da quello di coordinamento ex art. 409, n. 3, c.p.c. Cfr., in particolare: Magnani 2016, 14-16; Zoppoli 2016, 18 ss.; Voza 2017a, 7 ss.

(37) Carabelli 2016 e *Id.* 2018, notando l'anomalia costituita dal rinvenire una definizione in una norma processuale.

coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa». Alla luce di questa modifica può, dunque, affermarsi che gli elementi qualificanti della generale fattispecie delle collaborazioni coordinate e continuative sono ora costituiti dalla definizione consensuale del coordinamento (38) e dall'organizzazione autonoma della prestazione.

Adottando, allora, una lettura tesa a valorizzare, più che le differenze, gli aspetti comuni alle due fattispecie – prestazione personale, a carattere continuativo, eseguita a beneficio di un committente –, è possibile superare il mero dato letterale dell'art. 2, per giungere ad affermare la «sostanziale (benché solo parziale) identità» del concetto di organizzazione ivi richiamato e di quello di coordinamento, di cui all'art. 409, n. 3 (39). La nuova formulazione di tale ultima disposizione normativa, infatti, consente di rimediare all'approssimazione del linguaggio utilizzato dal legislatore nell'art. 2, c. 1, facendo salvo così il significato intrinseco del precetto. In buona sostanza, le due nozioni si porrebbero non già in un rapporto di reciproca estraneità, bensì di continenza, per cui le collaborazioni organizzate dal committente sarebbero riconducibili nell'alveo della più ampia nozione di collaborazioni coordinate e continuative, in quanto semplicemente caratterizzate dall'attribuzione (ormai consensuale, in quanto derivante dall'accordo delle parti) del potere di coordinamento (anche spazio-temporale) in capo al committente (40).

In altri termini, il coordinamento spazio-temporale della prestazione d'opera coordinata e continuativa, ex art. 409, n. 3, c.p.c., deve ormai essere sempre determinato consensualmente, fermo restando, poi, che attraverso l'accordo esso può anche essere attribuito all'una o all'altra parte contraente, come si verifica, appunto, nelle collaborazioni organizzate dal committente. Nell'ipotesi contemplata dall'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, allora, il coordinamento spazio-temporale, che sia stato rimesso dall'accordo tra le parti in capo al committente, si sostanzierà, comunque, unicamente nel potere (di natura organizzativa) di raccordare l'attività del collaboratore con il proprio assetto organizzativo, fermo restando che il collaboratore, per sua parte, continuerà a essere unico responsabile dell'organizzazione autonoma della propria attività (cfr. art. 409, n. 3, parte finale) (41). Risulta così salvaguardato, infatti, l'interesse organizzativo del committente ad avvalersi di una prestazione di lavoro resa in autonomia, per quanto entro coordinate spazio-temporali da questi organizzate, così da renderla di fatto compatibile con il substrato materiale e con i fattori produttivi dallo stesso apprestati.

(38) Per Voza (2017a, 10), tale determinazione consensuale riguarderebbe solo il *quomodo* del coordinamento, in quanto «la norma di legge presuppone l'*an*»; *contra*: Carabelli 2016, 8, e Perulli 2018a, 61.

(39) Carabelli (2016, 6 ss.), il quale si sofferma sul generale potere organizzativo dell'imprenditore, di cui all'art. 2082 c.c., e sulla riconducibilità a esso anche del potere di coordinamento delle prestazioni di lavoro (con l'organizzazione complessiva stessa dei mezzi di produzione). Vd. anche Ferraro 2016.

(40) Cfr. Pallini 2016, 67.

(41) Cfr. Carabelli (2016, 7-8), il quale precisa, al riguardo, che, se la definizione di periodi di tempo compatibili con l'assetto organizzativo del committente è coerente con l'autonomia del lavoratore, non può dirsi altrettanto in caso di previsione di vincoli di orario. Vd. anche Carabelli 2018, 51, e Pallini 2016, 72-73.

Ebbene, nel caso di specie, la sussistenza in capo a Foodora del coordinamento spazio-temporale, ovvero la fissazione delle coordinate di luogo e tempo entro cui deve collocarsi la prestazione dell'attività lavorativa del collaboratore, può agevolmente rilevarsi con riferimento a quelle attività – quali: la determinazione unilaterale dei punti di partenza e delle fasce orarie di esecuzione della prestazione; la verifica della presenza del fattorino nei luoghi di partenza e dell'attivazione dell'applicazione da parte sua; la fissazione di un tempo massimo entro cui effettuare la consegna (42); la predisposizione di itinerari ottimali suggeriti, ma non imposti ai *riders*; la verifica del ritardo nelle consegne attraverso il sistema di geolocalizzazione e la conseguente effettuazione di telefonate di sollecito – che lo stesso giudice ha riconosciuto come inidonee a integrare l'esercizio del potere direttivo, ma necessarie (almeno alcune) ai fini del coordinamento, per consentire all'azienda di soddisfare le esigenze del cliente.

Nel quadro regolativo vigente, dunque, la soluzione interpretativa prospettata appare la più idonea a rispettare tanto le esigenze delle imprese che si muovono nel contesto variegato e multiforme dell'economia digitale, le quali intendano avvalersi, in modo ampio e relativamente stabile, anche di lavoro autonomo, sebbene normalmente coordinato con la propria organizzazione, quanto quelle dei lavoratori. Per questi ultimi, ciò è vero sia che essi vogliano effettivamente preferire un rapporto di lavoro autonomo, per cui la mera «estensione» delle tutele del lavoro subordinato, senza la riqualificazione del contratto, soddisfa tale loro volontà, sia che vengano indotti ad accettare tale modalità di costituzione del rapporto, in quanto, anche in ragione della finalità antifraudolenta che ha certamente ispirato la norma di riferimento più volte richiamata, ottengono in ogni caso adeguate tutele.

Riferimenti bibliografici

- Aloisi A. (2016), *Il lavoro «a chiamata» e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *Labour & Law Issues*, n. 2, 16 ss.
- Auriemma S. (2017), *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in *RGL*, I, 281 ss.
- Bavaro V. (2018), *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *RGL*, I, 41 ss.
- Biasi M. (2018), *Dai pony express ai riders di Foodora. L'attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 67 ss.
- Birgilito M.L. (2016), *Lavoro e nuova economia: un approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, in *Labour & Law Issues*, n. 2, 57 ss.

(42) Con riferimento al caso Foodinho, il Tribunale di Milano ha escluso, invece, che si possa configurare come organizzazione dei tempi di lavoro la richiesta, da parte del committente, di svolgere il lavoro entro uno specifico termine. Di conseguenza, il giudice ha ritenuto che difettassero nel caso di specie i caratteri propri della collaborazione eteroorganizzata ex art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015.

- Brino V. (2018), *Il caso Uber, tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 135 ss.
- Cabrelli D. (2017), *Uber e il concetto giuridico di «worker»: la prospettiva britannica*, in *DRI*, 575 ss.
- Carabelli U. (2016), *Introduzione*, al tema «Subordinazione e autonomia dopo il d.lgs. n. 81/2015», in *RGL*, I, 5 ss.
- Carabelli U. (2018), *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in Carabelli U., Fassina L. (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, Roma, 41 ss.
- Ciccarelli R. (2018), *Addio all'Italia. Ora Foodora getta la spugna*, in *Il Manifesto*, 4 agosto, disponibile all'indirizzo <https://ilmanifesto.it/addio-allitalia-ora-foodora-getta-la-spugna>.
- Consiglio A. (2018), *Il lavoro nella digital economy: prospettive su una subordinazione inedita?*, in *Labour & Law Issues*, n. 1, 59 ss.
- Dagnino E. (2015), *Il lavoro nella on-demand economy: esigenze di tutela e prospettive regolatorie*, in *Labour & Law Issues*, n. 1, 86 ss.
- Dagnino E. (2017), *Le proposte legislative in materia di lavoro da piattaforma: lavoro, subordinazione, autonomia*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 207 ss.
- Dagnino E. (2018), *Foodora, esclusa la subordinazione per i rider*, in *GLav.*, 12 ss.
- Däubler W., Klebe T. (2016), *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?*, in *DLRI*, 471 ss.
- De Stefano V. (2016), *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig economy»*, in Ilo, *Conditions of Work and Employment Series*, n. 71.
- De Stefano V. (2017), *Lavoro su «piattaforma» e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, I, 241 ss.
- Dirringer J. (2017), *Progetti e sviluppi normativi per la tutela del lavoro nelle piattaforme digitali in alcuni paesi europei e nell'Unione europea*, in *Quaderni di RGL*, n. 2, 147 ss.
- Donini A. (2015), *Il lavoro digitale su piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, n. 1, 49 ss.
- Faioli M. (2017), *Jobs «App», Gig economy e sindacato*, in *RGL*, I, 291 ss.
- Ferraro G. (2016), *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, I, 53 ss.
- Freedland M., Countouris N. (2017), *Some reflections on the «personal scope» of collective labour law*, in *Industrial Law Journal*, 52 ss.
- Garofalo D. (2017), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in www.aidlass.it/giornate-di-studio-aidlass-2017.
- Ingrao A. (2018), *Uberlabour: l'organizzazione «uberiana» del lavoro in Brasile e nel mondo. Il driver è un partner di Uber o un suo dipendente?*, in *DRI*, 705 ss.
- La Tegola O. (2018), *L'eterodirezione della prestazione come criterio selettivo della subordinazione*, in *RGL*, II, 11 ss.
- Lai M. (2018), *Crowdworking e tutela del lavoro*, in *DPL*, n. 13, 1182 ss.
- Loi P. (2017), *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in *RGL*, I, 259 ss.
- Magnani M. (2016), *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 294.

- Manzini P. (2017), *Collaborative economy e regolazione del mercato*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro*, Giappichelli, Torino, 123 ss.
- Marazza M. (2016), *Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*, in *ADL*, n. 6, I, 1168 ss.
- Mattei A. (2016), *La continuità del lavoro intermittente*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 653 ss.
- Menegatti E. (2018), *On-demand workers by application: autonomia o subordinazione?*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 93 ss.
- Nogler L. (2015), *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 267.
- Nuzzo V. (2015), *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 228.
- Occhino A. (2016), *Autonomia e subordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 203 ss.
- Pacella G. (2017a), *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, in *Labour & Law Issues*, n. 1, 1 ss.
- Pacella G. (2017b), *Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed*, in *Labour & Law Issues*, n. 2, 48 ss.
- Pacella G. (2017c), *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in *RIDL*, n. 3, II, 560 ss.
- Pacella G. (2018), *Alterità del risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, in *Labour & Law Issues*, n. 1, 61 ss.
- Pallini M. (2016), *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *RGL*, I, 65 ss.
- Persiani M. (2015), *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, I, 1256 ss.
- Perulli A. (2016), *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *RGL*, I, 11 ss.
- Perulli A. (2017), *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *RGL*, I, 195 ss.
- Perulli A. (2018a), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 43 ss.
- Perulli A. (2018b), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, Padova.
- Pessi R. (2015), *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 282.
- Prassl J. (2015), *The Concept of Employer*, Oxford University Press.
- Prassl J., Risak M. (2017), *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori*, in *RGL*, I, 219 ss.
- Ratti L. (2017), *Online Platforms and Crowdwork in Europe: a Two-Step Approach to Expanding Agency Work Provisions?*, in *Comparative labor law and policy journal*, 477 ss.
- Razzolini O. (2015), *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal commit-tente. Prime considerazioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 266.
- Recchia G.A. (2018a), *Alone in the crowd? La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della sharing economy*, in *RGL*, I, 141 ss.

- Recchia G.A. (2018b), *Gig economy e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana*, in *LG*, n. 7, 726 ss.
- Santoro Passarelli G. (2015), *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 cod. proc. civ.*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 278.
- Smorto G. (2017), *Uber, una sentenza che spiazza la sharing economy*, in *Il Sole24Ore*, 21 dicembre.
- Spinelli C. (2015), *Il lavoro intermittente dopo il Jobs Act*, in *LG*, n. 12, 1125 ss.
- Todolí A. (2018), *Primera sentencia que condena a Deliveroo y declara la laboralidad del rider*, disponibile all'indirizzo <https://adriantodoli.com/2018/06/04/primera-sentencia-que-condena-a-deliveroo-y-declara-la-laboralidad-del-rider/>.
- Tosi P. (2015), *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, I, 1130 ss.
- Treu T. (2017), *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 136.
- Tullini P. (2017), *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in *Ead.* (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Voza R. (2015), *Gli ennesimi ritocchi alla disciplina del lavoro intermittente*, in *Ghera E., Garofalo D.* (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 233 ss.
- Voza R. (2017a), *La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 318.
- Voza R. (2017b), *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 336.
- Weiss M. (2016), *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, 651 ss.
- Zilio Grandi G. (2016), *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *ADL*, n. 4-5, I, 756 ss.
- Zoppoli A. (2016), *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 296.

Carla Spinelli
Professoressa associata di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

I

TRIBUNALE MILANO, 10.4.2018 – Est. Tomasi – X.X. (avv.ti Beccaria, Capurro, Beretta, Capella) c. Y. Spa (avv.ti Candela, Mobiglia).

Licenziamento individuale – Licenziamento per giusta causa – Insussistenza della giusta causa – Licenziamento ritorsivo – Motivo illecito – Esclusività – Sussiste.

Licenziamento individuale – Licenziamento ritorsivo – Prova.

Accertata l'insussistenza della giusta causa di recesso addotta dal datore di lavoro, deve ritenersi determinato in via esclusiva da un motivo illecito il licenziamento intimato a un dirigente in ragione della sua vicinanza ad altro dirigente di vertice rimosso dal consiglio di amministrazione. (1)

L'allegazione, da parte del lavoratore, del carattere ritorsivo del licenziamento non esonera il datore di lavoro dall'onere di provare l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo del recesso; solo ove tale prova sia stata almeno apparentemente fornita incombe sul lavoratore l'onere di dimostrare l'intento ritorsivo, e dunque l'illiceità del motivo unico e determinante del recesso. (2)

II

TRIBUNALE PARMA, 1.2.2018 – Est. Pascarelli – X.X. (avv.ti Marchelli, Pontrandolfi) c. A.G. Srl (contumace) e impresa B. di L. (contumace).

Licenziamento individuale – Licenziamento per giusta causa – Insussistenza della giusta causa – Licenziamento ritorsivo – Sussistenza – Indice.

Licenziamento individuale – Licenziamento ritorsivo – Prova.

L'onere di provare il carattere ritorsivo del licenziamento grava sul lavoratore, che può soddisfarlo facendo ricorso a elementi presuntivi, tra i quali presenta un ruolo non secondario la dimostrazione della inesistenza del diverso motivo addotto a giustificazione del licenziamento o di alcun motivo ragionevole. (3)

L'allegazione, da parte del lavoratore, del carattere ritorsivo del licenziamento non esonera il datore di lavoro dall'onere di provare l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo del recesso; solo ove tale prova sia stata almeno apparentemente fornita incombe sul lavoratore l'onere di dimostrare l'intento ritorsivo, e dunque l'illiceità del motivo unico e determinante del recesso. (4)

(1-4) L'INSUSSISTENZA DELLA GIUSTA CAUSA O DEL GIUSTIFICATO MOTIVO
COME «INDICE PRESUNTIVO» DELLA RITORSIVITÀ DEL LICENZIAMENTO

SOMMARIO: 1. Due vicende diverse; un *iter* logico-argomentativo comune. — 2. Le considerazioni di carattere sistematico (esplicite e implicite) svolte dalle decisioni in esame. — 2.1. L'emancipazione del licenziamento ritorsivo dagli schemi del diritto antidiscriminatorio. — 2.2. Gli oneri di allegazione e prova nel giudizio di accertamento della ritorsività del recesso. — 3. Il rapporto tra licenziamento totalmente ingiustificato e licenziamento ritorsivo.

1. — *Due vicende diverse; un iter logico-argomentativo comune* — Le pronunce in commento, pur nella diversità delle vicende da cui originano, meritano di essere segnalate ed esaminate congiuntamente in quanto offrono alcuni interessanti spunti di riflessione in merito a due questioni delicate e attuali in tema di licenziamenti individuali. Esse, infatti, oltre a confrontarsi con la questione sostanziale relativa alla natura giuridica del licenziamento ritorsivo – che entrambe riconducono, come vedremo, al licenziamento per motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c. –, si soffermano sul problema, di carattere processuale, relativo alla distribuzione degli oneri probatori nell'ambito del giudizio di accertamento del carattere ritorsivo del recesso.

Pare opportuno premettere che la figura del licenziamento ritorsivo ha assunto oggi una crescente rilevanza e si colloca, insieme al licenziamento discriminatorio, al centro del dibattito dottrinale (1) e giurisprudenziale (2). A seguito degli interventi legislativi operati dapprima con la l. n. 92/2012 e, soprattutto, con il d.lgs. n. 23/2015, i licenziamenti nulli (*in primis*, discriminatori e ritorsivi) rappresentano infatti le principali ipotesi di licenziamento illegittimo ancora sanzionate con la reintegrazione nel posto di lavoro, concorrendo quindi a delineare l'ambito di applicazione della tutela reale (3), che il legislatore ha inteso rendere sempre più una «eccezione» rispetto alla

(1) Per le ultime ricostruzioni di carattere monografico, vd.: Marinelli 2017a; Biasi 2017; Peruzzi 2017. Il tema è stato recentemente oggetto anche di ampie rassegne e saggi (vd., da ultimo: Cannati 2017; Ballestrero 2016; Bavaro, D'Onghia 2016), su sollecitazione della riscrittura dell'art. 18 St. lav. a opera della l. n. 92/2012 (vd.: Barbieri 2013; Barbera 2013; Carinci 2012a; Aiello 2013), e quindi dell'introduzione del cd. contratto a tutele crescenti (vd.: Carinci 2015; Musella 2015; Voza 2015; Biasi 2016), ancorché il tema fosse oggetto di studio nella vigenza dell'art. 18 St. lav. nella versione pre Fornero (Gagnoli 2010; Carinci 2005, 163 ss.).

(2) Merita già rilevare come un ruolo di «spartiacque» nell'evoluzione della giurisprudenza sia stato giocato da Cass. 5.4.2016, n. 6575, in *RIDL*, 2016, n. 3, II, 714 ss., con note di M.T. Carinci, Gottardi e Tarquini, nonché in *DRI*, 2016, n. 3, 855 ss., con nota di Crotti, la quale ha precisato il rapporto intercorrente tra la figura del licenziamento discriminatorio e quella del licenziamento per motivo illecito, realizzando l'attesa «emancipazione del licenziamento discriminatorio dal paradigma dell'unicità del motivo illecito» (così Cannati 2017, 525). Nella giurisprudenza più recente, vd., in particolare: Cass. 3.12.2015, n. 24648, e T. Napoli 2.12.2015, entrambe in *RGL*, 2016, n. 2, II, 177 ss., con nota di Gambardella; Cass. 3.11.2016, n. 22323, in *ADL*, 2017, n. 1, II, 229 ss., con nota di Matarese; T. Taranto 20.2.2017, in *RGL*, 2017, n. 4, II, 627 ss., con nota di Simeone; Cass. 9.6.2017, n. 14456, T. Nola 18.5.2017, e C. App. Roma 5.4.2017, tutte in *RIDL*, 2017, n. 4, II, 708 ss., con nota di Marinelli; C. App. Firenze 28.11.2017, n. 1196, in *IlGiuslavorista.it*, 29 marzo 2018, con nota di Ferraresi.

(3) Ballestrero 2016, 231.

«regola» della tutela indennitaria (4). Peraltro, le pronunce in commento evidenziano come la dimostrazione del carattere discriminatorio o ritorsivo del licenziamento – che consente oggi di «scassinare» l'impianto regressivo delle «tutele crescenti» (5) – rappresenta da tempo l'unico mezzo per conseguire la tutela reale in tutti quei casi in cui essa sarebbe in linea di principio esclusa, anche a fronte di vizi particolarmente qualificati (come l'insussistenza del fatto contestato), per le ridotte dimensioni del datore di lavoro o per la particolare natura del rapporto di lavoro.

Protagonista dell'ordinanza milanese è un *manager* licenziato in tronco, previo regolare procedimento disciplinare, con l'addebito di avere partecipato ad alcune riunioni aziendali riservate in data anteriore alla formale assunzione da parte della società, quando era ancora alle dipendenze di una società concorrente. Nella prospettazione datoriale, il dirigente avrebbe omesso di informare i vertici societari della sua qualità di soggetto (ancora) esterno alla compagine sociale, e tale omissione sarebbe risultata idonea a compromettere gravemente il vincolo fiduciario, legittimando il recesso per giusta causa.

Senonché, il dirigente si era difeso dagli addebiti sostenendo che la propria partecipazione alle riunioni aziendali, che effettivamente aveva avuto luogo prima dell'assunzione, era avvenuta su espresso invito dell'allora amministratore delegato, intenzionato a coinvolgere il dirigente in vista dell'ormai prossima assunzione. Pertanto, l'autorizzazione dell'a.d., quale rappresentante della società, aveva reso pienamente legittima la propria partecipazione alla riunione incriminata.

Secondo il ricorrente, poi, la contestazione era del tutto pretestuosa, posto che la vera ragione del recesso era da ricondurre piuttosto alla recente estromissione dal Cda dell'a.d. che lo aveva assunto. In quanto teso a espellere *ad nutum* dall'organizzazione aziendale un lavoratore solo per la sua vicinanza a un dirigente non più gradito ai vertici della società (6), il licenziamento sarebbe dovuto essere considerato una ritorsione indiretta (7), alla stregua del consolidato orientamento secondo cui il licenziamento per ritorsione o per rappresaglia «costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore colpito (diretto) o di altra persona a esso legata e pertanto accomunata nella reazione (indiretto), che attribuisce al licenziamento il connotato della ingiustificata vendetta» (8).

(4) In tal senso, criticamente, Carinci 2015, 28.

(5) Biasi (2016, 154), il quale utilizza in riferimento al licenziamento nullo l'efficace immagine del «grimaldello».

(6) Questione diversa, non affrontata direttamente dall'ordinanza milanese posto che il licenziamento era stato intimato per giusta causa, è quella della legittimità del recesso del dirigente attuato nell'ambito di un'operazione di sostituzione dei vertici societari (cd. *spoil system*). Il tema, che non è possibile esaminare in questa sede, attiene essenzialmente alla latitudine della nozione di «giustificatazza» del licenziamento dirigenziale, che la giurisprudenza tende a ravvivare con una notevole elasticità «ogniquale volta il recesso datoriale sia esercitato in conformità ai canoni di correttezza e buona fede» (così, *ex multis*, Cass. 10.2.2015, n. 2553, in *RIDL*, 2015, n. 3, II, 690 ss., con nota di Puliatti); eventualità che evidentemente non ricorre ove il datore di lavoro abbia addotto a fondamento del licenziamento una condotta del dirigente insussistente o disciplinarmente irrilevante.

(7) Sulle ritorsioni indirette vd., in particolare, Cannati 2012.

(8) Così Cass. 8.8.2011, n. 17087, in *RGL*, 2012, n. 2, II, 326 ss., con nota di Cannati;

Nel secondo caso, una lavoratrice addetta a una piccola azienda del parmigiano – azienda che era stata poi trasferita, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2112 c.c., in capo a una ditta individuale, convenuta in giudizio insieme alla cedente quale destinataria della domanda di reintegrazione (9) – era stata licenziata, anch'ella in tronco, con l'accusa, poi rilevata infondata, di avere rivolto insulti a un esponente della società alla presenza dei colleghi; comportamento che secondo la datrice di lavoro aveva reso impossibile la prosecuzione del rapporto ai sensi dell'art. 2119 c.c.

Tuttavia, oltre al fatto che non era stato minimamente osservato il procedimento disciplinare previsto dall'art. 7, St. lav., la lavoratrice aveva recisamente negato l'addebito, sostenendo in primo luogo che dalle visure camerali il soggetto asseritamente offeso, indicato nella lettera di licenziamento, non risultava neppure essere un membro della compagine sociale, e che la vera ragione del licenziamento doveva piuttosto essere ravvisata nella circostanza che, nel giorno dell'asserito alterco, la stessa avesse lamentato il mancato pagamento della tredicesima mensilità. Anche in questo caso, dunque, il licenziamento, oltre che ingiustificato, doveva considerarsi una «ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore».

In entrambi i casi, nonostante la gravità del difetto di giustificazione accertato dai giudicanti – in termini di insussistenza del fatto contestato nel caso emiliano, e, nel caso milanese, di irrilevanza disciplinare della condotta contestata: ipotesi equiparabile alla sua insussistenza (10) –, l'accertamento della ritorsività del licenziamento risultava necessario ai fini dell'applicazione della tutela reale. La lavoratrice emiliana, infatti, era addetta a un'impresa di piccole dimensioni, ove neppure l'insussistenza del fatto contestato è sanzionata con la reintegrazione (11); il lavoratore milanese, invece, in quanto dirigente, si vedeva preclusa la tutela legale contro il licenziamento illegittimo (art. 10, l. n. 604/1966), sicché il semplice difetto di giustificazione poteva assumere rilievo solo ai fini dell'indennità supplementare per «ingiustificatezza» del licenziamento, ma non per la reintegrazione.

Entrambi i giudici sposano pienamente le ricostruzioni attoree, accertando, in primo luogo, l'insussistenza della giusta causa e, in seconda battuta, la nullità del recesso ritorsivo, sulla base di due percorsi argomentativi simili, ma non del tutto coincidenti.

in tal senso, *ex plurimis*: Cass. 31.3.2016, n. 6260, in *DeJure*; Cass. 3.12.2015, n. 24648, cit.; Cass. 16.7.2015, n. 14928, in *DeGonline*, 17 luglio 2015, con nota di Tonetti; nella giurisprudenza di merito, tra le più recenti: T. Roma 12.3.2018, n. 1885; C. App. Roma 11.1.2018, n. 67; T. Ravenna 6.12.2017, n. 376, tutte reperibili in *DeJure*.

(9) Per orientamento consolidato, infatti, gli effetti del licenziamento illegittimo intimato dal cedente si trasferiscono, insieme al complesso aziendale, direttamente in capo al cessionario, che risulta quindi legittimato passivo nell'azione di impugnazione del licenziamento e destinatario dell'ordine di reintegrazione (Cass. 1.4.2016, n. 6387, in *DeG*, 2016, n. 17, 25 ss.; Cass. 16.12.2014, n. 26401, in *DeJure*; Cass. 21.2.2014, n. 4130, *ivi*).

(10) Come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza formatasi nel vigore dell'art. 18, c. 4, St. lav., nella versione post Fornero (Cass. 25.5.2017, n. 13178, in *IlGiuslavorista*, 21 luglio 2017, con nota di Spagnuolo; Cass. 20.11.2016, n. 18418, *ivi*, 23 novembre 2016, con nota di Bracci; Cass. 13.10.2015, n. 20540, in *ADL*, 2016, n. 1, II, 85 ss., con nota di De Michiel).

(11) Cfr. gli artt. 18, c. 8, St. lav., e 9, d.lgs. n. 23/2015, che sanciscono l'inapplicabilità nelle piccole imprese della regola prevista rispettivamente dagli artt. 18, c. 4, St. lav., e 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015.

La sentenza emiliana, partendo dal presupposto che nel giudizio di accertamento della ritorsività del recesso «un ruolo non secondario è dato dalla inesistenza del diverso motivo addotto a giustificazione del licenziamento», valuta l'insussistenza della giusta causa come un indice idoneo a far presumere che il vero motivo (illecito) del licenziamento dovesse essere ravvisato nella volontà di punire la lavoratrice per avere legittimamente rivendicato la mensilità supplementare.

L'ordinanza milanese svolge invece un ragionamento parzialmente diverso. Anche qui il punto di partenza è rappresentato dalla riconosciuta insussistenza della giusta causa addotta dal datore di lavoro. Tuttavia, al contrario che in quella emiliana, tale insussistenza non vale di per sé a fondare una presunzione di ritorsività del licenziamento, ma consente invece di ritenere raggiunta la prova che il motivo «unico e determinante» del recesso del dirigente era rappresentato dalla volontà (ritorsiva indiretta) di «espellere *ad nutum* dall'organizzazione aziendale un lavoratore inserito nella stessa da un dirigente uscito dal Cda».

2. — *Le considerazioni di carattere sistematico (esplicite e implicite) svolte dalle decisioni in esame* — Le due pronunce si caratterizzano per un *iter* logico-argomentativo in parte comune, che suggerisce di svolgere due ordini di considerazioni.

In primo luogo, sia pure *en passant*, le pronunce si esprimono sulla natura giuridica del licenziamento ritorsivo, che viene espressamente ricondotto alla figura del licenziamento per motivo illecito, nullo ai sensi dell'art. 1345 c.c., secondo l'indirizzo interpretativo più recente che, come si vedrà, opera una precisa distinzione tra licenziamento ritorsivo e licenziamento discriminatorio, superando le tendenze nel segno dell'assimilazione che erano emerse nella giurisprudenza precedente.

In secondo luogo, nell'anteporre la verifica relativa alla sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo a quella relativa all'accertamento del carattere ritorsivo del recesso, le decisioni prendono un'esplicita posizione sulla scansione logica delle tappe in cui si articola il giudizio di accertamento della ritorsività del recesso, con significative conseguenze quanto alle regole che disciplinano la distribuzione dei relativi oneri di allegazione e prova.

2.1. — *L'emancipazione del licenziamento ritorsivo dagli schemi del diritto antidiscriminatorio* — In merito alla natura giuridica del licenziamento ritorsivo e al suo rapporto — di differenza o di continenza — con quello discriminatorio, è dato riscontrare oggi due orientamenti di fondo (12).

Secondo l'indirizzo più recente, fatto proprio dalle Sezioni Unite del 2016 (13), il licenziamento che trova la sua unica ragione nell'intento vendicativo del datore di lavoro deve considerarsi nullo non già in virtù di un'interpretazione estensiva dei divieti di discriminazione previsti dalla legge, ma ai sensi dell'art. 1345 c.c. (14), che sanziona

(12) Sul punto, *funditus*, Biasi 2017, 162 ss., e Marinelli 2017a, 141 ss., nonché Ead. (2017b), la quale si domanda, con formula sintetica, «ma il licenziamento ritorsivo è discriminatorio o per motivo illecito?», e Cannati (2017, spec. 529), il quale si chiede se il legislatore sia riuscito a «isolare le fattispecie discriminatorie da quelle ritorsive».

(13) Cass. 5.4.2016, n. 6575, cit.

(14) Nel senso della netta distinzione tra discriminazione e rappresaglia, dopo le Sezioni

con la nullità (in deroga alla regola della tendenziale irrilevanza dei motivi) gli atti negoziali, anche unilaterali (15), sorretti da un motivo illecito unico e determinante (oltre che comune alle parti, nel caso di atti negoziali plurilaterali).

Per tale orientamento, i divieti di discriminazione sono stabiliti in relazione a specifici fattori tassativamente individuati dalla legge (razza, sesso, lingua, opinioni politiche, solo per menzionarne alcuni), e come tali sono insuscettibili di estensione analogica (16) e, al contrario del motivo illecito, operano oggettivamente, a prescindere dalla sussistenza dell'*animus discriminandi* del datore di lavoro, peraltro di difficilissima prova (17). Il motivo ritorsivo, poi, deve essere l'unico che ha determinato il recesso, sicché il concorso di una diversa ragione giustificatrice varrà a escludere la comminatoria della nullità e l'accesso alla tutela reale (18). Al contrario, la sussistenza di una ragione tecnico-organizzativa concorrente non incide sul carattere discriminatorio del licenziamento (19), che resta nullo salvo che sia integrata una vera e propria causa di giustificazione, o «esimente», ai sensi del diritto antidiscriminatorio (20).

Un orientamento maturato in precedenza, ma tutt'ora diffuso in giurisprudenza, è invece propenso a realizzare una tendenziale assimilazione tra le due figure, e, più precisamente, a ricondurre il licenziamento per motivo illecito nell'area del licenziamento discriminatorio (21), sulla base di un'interpretazione estensiva dei divieti di

Unite del 2016, vd.: Cass. 9.6.2017, n. 14456, cit.; C. App. Roma 20.7.2017, n. 3891, in *DeJure*; T. Nola 18.5.2017, cit., secondo cui «va effettuata una distinzione tra il licenziamento discriminatorio e quello ritorsivo, caratterizzandosi le due diverse fattispecie non solo per gli elementi costitutivi, ma anche per il regime probatorio a ciascuno applicabile».

(15) Carinci 2012a, spec. 644.

(16) Nel senso della tassatività dei fattori di discriminazione previsti dalla legge vd. Marinelli (2017a, 108), e ivi ulteriori riferimenti. In senso contrario, tuttavia, Carinci 2012b, 554.

(17) In tal senso, molto esplicitamente, Cass. 5.4.2016, n. 6575, cit., secondo cui «la discriminazione – diversamente dal motivo illecito – opera obiettivamente – ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta – e a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro». Sull'oggettività dei divieti di discriminazione, oltre alle commentatrici della sentenza citate a nota 2, vd. anche Scarponi 2017.

(18) Per la verità, all'indomani della riscrittura dell'art. 18 St. lav. era stato ipotizzato che il licenziamento ritorsivo non dovesse più essere sorretto da un motivo illecito in via esclusiva, posto che la disposizione non fa menzione dell'esclusività del motivo illecito, ma solo del suo carattere determinante: «perché determinato da un motivo illecito determinante» (In tal senso: Aiello 2013, 154; Carinci 2012b, 556, e ivi ulteriori richiami alla dottrina precedente; in senso dubitativo, Marazza 2012, 616). Tale ricostruzione, tuttavia, è stata avversata in dottrina (Barbera 2013, spec. 161, e Marinelli 2017a, 78, e ivi ulteriori riferimenti) e non ha riscosso fortuna in giurisprudenza, ferma nel richiedere l'unicità del motivo ritorsivo.

(19) Carinci 2012b, 557.

(20) Una differenza di trattamento basata su un fattore vietato, infatti, non costituisce una discriminazione se (e solo se) tale caratteristica rappresenta un requisito «essenziale e determinante» per lo svolgimento dell'attività lavorativa (cfr. art. 3, c. 3, d.lgs. n. 215/2003; art. 3, c. 3, d.lgs. n. 216/2003; art. 25, c. 2, d.lgs. n. 198/2006). Sul ruolo delle esimenti, vd., in particolare, Tarquini 2015, 21 ss., e La Tegola 2009.

(21) Vd., ad es., Cass. 16.7.2015, n. 14928, cit., secondo cui «il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta [è] assimilabile a quello discriminatorio», come già affermato da Cass.

legge (22), operata al fine precipuo di estendere al licenziamento ritorsivo le medesime tutele previste per il licenziamento discriminatorio (23).

All'interno di questo secondo orientamento, tuttavia, si realizza una certa «confusione» tra le due figure (24), e, conseguentemente, tra le relative discipline, posto che la loro sovrapposizione può portare all'equivoco che anche il licenziamento discriminatorio debba essere sorretto da un qualche *animus* del datore di lavoro – snaturando così la portata oggettiva dei divieti di discriminazione di matrice eurounitaria –, ovvero, sotto altro profilo, che anche il motivo discriminatorio debba essere il motivo (illecito) unico e determinante del recesso ai sensi dell'art. 1345 c.c. (25).

In tale contesto, le pronunce in commento paiono collocarsi nel solco dell'orientamento più recente. Nella parte motiva, infatti, non compare pressoché alcun riferimento alla figura del licenziamento discriminatorio, né agli spazi di sovrapposizione e assimilazione tra motivo illecito e fattori di discriminazione. Solo in un paio di passaggi le due decisioni, richiamando alcune massime della Cassazione appartenenti al secondo dei succitati orientamenti, accennano alla possibilità di parificare le due figure; ma dal complesso delle motivazioni è chiaro che l'assimilazione tra le due figure rileva appena *quoad effectum*, vale a dire solo nella misura in cui si considera che a esse conseguono gli stessi effetti sanzionatori nel regime di cui all'art. 18 St. lav., da un lato, e dell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, dall'altro.

Quanto al rapporto tra tali due regimi, anche se le pronunce in commento non se ne occupano (trattandosi di casi fuori dell'ambito di applicazione temporale e soggettivo del *Jobs Act*), pare opportuno evidenziare che al di là della diversa formulazione delle disposizioni esse possono ritenersi sostanzialmente equivalenti. Invero, il dato letterale dell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015 – che non fa alcun riferimento al motivo illecito, ma solo ai casi di nullità «espressamente previsti dalla legge» (le

8.8.2011, n. 17087, cit., e Cass. 18.3.2011, n. 6282, in *Defure*. In tal senso, nella giurisprudenza di merito più recente: T. Roma 2.8.2017, n. 7160; C. App. Roma 5.4.2017, entrambe in *RIDL*, 2017, n. 4, II, 708 ss., con nota di Marinelli, secondo cui «il licenziamento, ultimo di una serie di atti volti a reagire al legittimo rifiuto del lavoratore alla cessione del suo contratto di lavoro, è da ritenere ritorsivo, *dunque discriminatorio* e determinato in via esclusiva da motivo illecito» (corsivo di chi scrive).

(22) Molto esplicitamente, Cass. 3.11.2016, n. 22323, cit., secondo cui «il divieto di licenziamento discriminatorio [...] è suscettibile – in base all'art. 3 Cost. e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio, in particolare, nei rapporti di lavoro, a partire dalla introduzione dell'art. 13 nel Trattato Ce, da parte del Trattato di Amsterdam del 1997 – di interpretazione estensiva, sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia». In termini: Cass. 3.12.2015, n. 24648, cit.; Cass. 8.8.2011, n. 17087, cit.; Cass. 18.3.2011, n. 6282, cit.; Cass. 28.3.2011, n. 7046, in *GDir.*, 2011, n. 21, 43 ss.; Cass. 3.8.2011, n. 16925, in *RIDL*, 2012, n. 2, II, 362 ss., con nota di Pederzoli.

(23) Lo rileva Barbera (2013, 168), per la quale «l'ipotesi interpretativa a cui lavorare al fine di estendere la nozione di licenziamento discriminatorio ai casi di licenziamento ritorsivo finora esclusi, attraverso un processo interpretativo controllato, che non perda di vista la *ratio* della normativa discriminatoria, è quella di includerlo nella fattispecie della discriminazione-molestia».

(24) Marinelli 2017b, 736.

(25) Lo evidenzia Ballestrero 2016, 248.

cd. nullità «testuali») (26) —, aveva originariamente indotto una parte della dottrina a dubitare della collocazione del licenziamento per motivo illecito nell'ambito della tutela reintegratoria prevista dalla novella del 2015 (27). A tale lettura, tuttavia, è stato da più parti obiettato che anche la nullità prevista dall'art. 1345 c.c. ben può essere ricompresa, tramite la previsione generale dell'art. 1418 c.c., tra le ipotesi di nullità «espressamente previste dalla legge» (28), secondo un'opzione interpretativa già fatta propria dalla prima giurisprudenza di merito formatasi nel vigore del *Jobs Act* (29).

2.2 — *Gli oneri di allegazione e prova nel giudizio di accertamento della ritorsività del recesso* — La distinzione concettuale tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo, sposata dalla più recente giurisprudenza, non risponde solo a un'esigenza teorica di effettuare una *actio finium regundorum* tra due fattispecie che, allo stato, sono comunque destinatarie di una medesima tutela di carattere sostanziale.

Essa presenta infatti notevoli ricadute sul piano processuale, posto che, fermo restando in entrambe le ipotesi l'onere in capo al lavoratore di provare la causa di nullità del licenziamento, solo in caso di licenziamento discriminatorio il lavoratore potrà valersi della parziale inversione dell'onere della prova prevista dall'art. 28, c. 4, d.lgs. n. 150/2011 (30), a mente del quale, «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione» (31).

Nel caso di licenziamento ritorsivo, invece, il ricorrente non può giovare di tale agevolazione probatoria, dovendo assolvere l'onere di provare la sussistenza del motivo illecito unico e determinante in base alle regole generali di cui all'art. 2697 c.c.

Tuttavia, nella consapevolezza che si tratta di una prova non agevole, ai limiti della *probatio diabolica*, la giurisprudenza ha da tempo precisato — e le pronunce in commento lo ribadiscono — che la natura ritorsiva del recesso può essere desunta da elementi presuntivi (32). Tra di essi, precisa poi la sentenza del giudice di Parma, richia-

(26) Contrapposte alle cause di nullità «virtuale», derivanti dalla violazione di una norma imperativa per cui non sia prevista espressamente la sanzione della nullità (sul punto, Carinci 2015).

(27) Treu (2015, 14), e, in senso dubitativo, Ballestrero (2016, 243 s.), e Perulli (2015a, 38) ss., i quali rilevano l'intenzione del legislatore del *Jobs Act* di escludere la tutela reale nei casi di licenziamento nullo per motivo illecito ex art. 1345 c.c., propendendo comunque gli ultimi due Autori per la reviviscenza di una tutela reale di diritto comune.

(28) In tal senso Marinelli 2017a, 85, e Biasi 2017, 172, e ivi ulteriori riferimenti.

(29) Tra le prime pronunce: T. Roma 24.6.2016, in *RGL*, 2016, n. 4, II, 528 ss., con nota di Salvagni, nonché in *DRJ*, 2018, n. 1, 258 ss., con nota di Donà, secondo cui anche nel regime delle «tutele crescenti» il licenziamento ritorsivo rientra tra i casi di nullità suscettibili di reintegrazione.

(30) In tal senso Marinelli 2017a, 149 s., e ivi ulteriori riferimenti; Peruzzi 2017, 30 ss.

(31) Sulla natura della disposizione vd.: Peruzzi 2017, 144 ss.; De Michiel 2016; Iarussi 2014.

(32) Cass. 3.11.2016, n. 22323, cit.; Cass. 27.2.2015, n. 3986, in *De Jure*; Cass. 8.8.2011, n. 17087, cit.

mando un isolato precedente di legittimità (33), «un ruolo non secondario è dato dalla dimostrazione della inesistenza del diverso motivo addotto a giustificazione del licenziamento o di alcun motivo ragionevole».

Secondo entrambe le pronunce annotate, inoltre, a ben vedere, quello del lavoratore è un onere probatorio successivo. Da un lato, infatti, «l'allegazione, da parte del lavoratore, del carattere ritorsivo del licenziamento intimatogli non esonera il datore di lavoro dall'onere di provare l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo del recesso». Dall'altro, le decisioni precisano: «solo ove tale prova sia stata almeno apparentemente fornita, incombe sul lavoratore l'onere di dimostrare l'intento ritorsivo» (34).

Mentre è chiaro che la prima parte del principio di diritto si limita a ribadire che il riparto dell'onere probatorio stabilito dall'art. 5, l. n. 604/1966, non muta per il solo fatto che il lavoratore abbia invocato la nullità del recesso, la seconda parte, invece, non è di immediata comprensione.

Nel subordinare l'onere del lavoratore di provare la ritorsività del recesso alla circostanza che sia stata «almeno apparentemente fornita» la prova della sussistenza della ragione giustificatrice addotta dal datore di lavoro, il principio sembrerebbe a prima vista ammettere la possibilità di accertare la nullità del licenziamento determinato da un motivo illecito anche in presenza di una diversa ragione concorrente. Con ciò, tuttavia, verrebbe sconfessato l'insegnamento consolidato, fatto proprio anche dalle stesse pronunce in commento, per cui il motivo illecito che rende nullo il licenziamento deve essere il motivo unico determinante il recesso.

Se così è, però, il significato da attribuire alla regola per cui l'onere di provare l'illecito motivo di rappresaglia scatta solo una volta che sia stata fornita la prova dell'esistenza della ragione giustificatrice addotta dal datore di lavoro deve essere rinvenuto nel senso che essa indica al giudicante un preciso *iter* logico da seguire nell'accertamento del carattere ritorsivo del licenziamento.

Si tratta, peraltro, di un tema non molto praticato, su cui si registrano notevoli oscillazioni da parte della giurisprudenza, non prive di importanti conseguenze sul piano applicativo.

Secondo un primo indirizzo, infatti, l'accertamento della natura ritorsiva delle ragioni sottese al recesso «va logicamente anteposto alla verifica della sussistenza della giusta causa così come affermata dal datore di lavoro» (35). Il giudice dovrebbe quindi dapprima verificare la sussistenza del motivo illecito e, solo in un secondo momento,

(33) Si tratta ancora di Cass. 8.8.2011, n. 17087, cit. Nello stesso senso, all'indomani della riforma Fornero, vd. T. Milano 5.11.2012, in *RIDL*, 2013, n. 3, II, 654 ss., con nota di Zoli.

(34) Il principio è stato enucleazione da Cass. 14.3.2013, n. 6501, in *RIDL*, 2013, n. 4, II, 888 ss., con nota di Ratti, frequentemente richiamata dalla giurisprudenza di merito (*ex plurimis*: T. Roma 2.8.2017, n. 7160; T. Ragusa 31.3.2017, n. 246; T. Milano 15.11.2016, n. 3037; T. Milano 11.2.2014, n. 459, tutte in *DeJure*), ma è stato ribadito in giurisprudenza, a quanto consta, in una sola occasione (Cass. 16.7.2015, n. 14928, cit.).

(35) Cass. 26.5.2015, n. 10834, in *ADL*, 2015, n. 4-5, II, 966 ss., con nota di Gramano. In tal senso T. Napoli 2.12.2015, cit., secondo cui: «nell'*iter* processuale di accertamento della natura discriminatoria o ritorsiva del recesso, si deve procedere, innanzitutto, alla ricerca della prova della natura persecutoria-vendicativa-discriminatoria della condotta imputata al datore di lavoro».

procedere a esaminare l'effettività della diversa ragione addotta dal datore di lavoro. In questa prospettiva, potrebbero darsi due ipotesi: se non vi sono elementi idonei a far presumere la sussistenza di un intento di rappresaglia, il giudizio ritorna nei «binari tradizionali» dell'accertamento della legittimità del licenziamento, con l'onere del datore di lavoro di provare la ragione giustificatrice invocata (la quale, ove insussistente, renderà il licenziamento illegittimo, ma non nullo); se invece vi sono elementi idonei a far presumere il carattere ritorsivo del licenziamento, il datore di lavoro potrà comunque sostenerne la legittimità, provando la sussistenza di una ragione giustificatrice concorrente.

Le pronunce in esame, al contrario, seguono un *iter* logico diametralmente opposto, giacché la verifica circa la sussistenza della giusta causa addotta dal datore di lavoro forma oggetto di un esame preliminare rispetto a quello della sussistenza del motivo ritorsivo, al punto che secondo la sentenza emiliana l'insussistenza della giusta causa può fungere essa stessa da indice presuntivo «non secondario» della ritorsività del licenziamento. In effetti, è di tutta evidenza che solo se si antepone l'indagine sulla ragione formalmente addotta dal datore di lavoro a quella relativa al motivo lecito sarà possibile valorizzare l'inconsistenza della prima ai fini dell'accertamento della seconda, attribuendo al difetto di giustificazione valore di indice presuntivo del carattere ritorsivo del recesso.

Le pronunce in commento parrebbero porsi proprio in questa direzione, con il conforto di quella parte della dottrina che aveva già avuto modo di rilevare che la giustificazione addotta dal datore di lavoro, «rappresentando un *prius* logico rispetto al motivo illecito, se provata, renderebbe superfluo l'ulteriore accertamento della ritorsività del licenziamento» (36), e di quella giurisprudenza che aveva precisato che «l'eventuale mancanza di prova del carattere ritorsivo del recesso in tanto rileva in quanto risulti, invece, dimostrata la giusta causa o il giustificato motivo» (37).

Peraltro, vale la pena di evidenziare che tale *iter* logico trova la sua ragione d'essere proprio nelle caratteristiche specifiche del licenziamento per motivo illecito, e non potrebbe invece trovare applicazione in riferimento a quello discriminatorio, cui non a caso le pronunce in commento non fanno riferimento. In primo luogo, la materia delle discriminazioni già trova una speciale disciplina processuale nel citato art. 28, d.lgs. n. 150/2011. Ma soprattutto, poiché la ragione discriminatoria, al contrario del motivo illecito, può concorrere con un'altra ragione giustificatrice, rappresentando dunque un elemento (necessario e) sufficiente per la comminatoria della nullità del licenziamento, non vi sono ragioni di carattere logico per posticipare il relativo esame, che ben potrà essere svolto in via preliminare.

3. — *Il rapporto tra licenziamento totalmente ingiustificato e licenziamento ritorsivo* — Il principio per cui l'insussistenza della ragione giustificatrice formalmente addotta dal datore di lavoro costituisce un indice non secondario della ritorsività del recesso consente di gettare una nuova luce sul rapporto intercorrente tra la categoria del licenziamento ingiustificato, o illegittimo, e quella del licenziamento per motivo illecito, e

(36) Così Gramano 2015, 983.

(37) Cass. 14.3.2013, n. 6501, cit.

in generale nullo (38). Le due figure vengono tradizionalmente distinte, oltre che dal punto di vista delle tutele applicabili, anche da quello concettuale, nella misura in cui si afferma che il licenziamento ingiustificato/illegittimo è viziato da un utilizzo distorto del potere datoriale, che viola i propri «limiti interni» (39), e quello nullo, invece, dalla violazione dei «limiti esterni» posti dall'ordinamento (40). Tuttavia, l'affermazione che un licenziamento «del tutto ingiustificato» può presumersi, quantomeno *iuris tantum*, sorretto in via esclusiva da un motivo illecito di carattere ritorsivo sembrerebbe suggerire una rimeditazione di tale prospettiva.

Con l'affermazione di tale principio, infatti, le pronunce in commento parrebbero valorizzare gli spazi di sovrapposizione tra licenziamento ingiustificato e licenziamento illecito, e porsi nella direzione tracciata da quella tesi dottrinale secondo cui «qualunque causa giustificativa diversa da quella tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento – come tale, inevitabilmente collegata a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa – è per ciò stesso discriminatoria e illecita» (41).

Va detto che tale ricostruzione, che si fonda su una lettura del licenziamento ritorsivo quale atto negoziale unilaterale nullo per illiceità della causa (ai sensi dunque dell'art. 1343 c.c.), piuttosto che del motivo determinante (art. 1345 c.c.), aveva da subito formato oggetto di critiche in dottrina (42) e non aveva riscosso il favore della giurisprudenza (43). In effetti, i suggestivi argomenti di carattere sistematico sottostanti a tale tesi parrebbero scontrarsi, e non poco, con l'intenzione, ripetutamente manifestata dal legislatore, di circoscrivere l'area di operatività della tutela reale a specifiche fattispecie in cui sia presente un *quid pluris* rispetto al semplice difetto di giustificazione.

Nondimeno, tale tesi risulta oggi, ad avviso di chi scrive, parzialmente corroborata dalle pronunce in commento, laddove specificano che, nella ricerca degli elementi che fanno presumere il carattere ritorsivo del recesso, «un ruolo non secondario è dato dalla dimostrazione dell'inesistenza del diverso motivo addotto a fondamento del licenziamento», e che l'onere di dimostrare l'intento ritorsivo incombe sul lavoratore «solo ove sia stata almeno apparentemente fornita» la prova della giusta causa o del giustificato motivo.

(38) Su tale rapporto, da ultimo, Marinelli 2017a, 166 ss.

(39) Nel senso precisato da Perulli (2015b, 87), che li individua in quelle «regole di normalità tecnico-organizzativa» che costituiscono «criteri obiettivi alla cui stregua valutare la legittimità dei poteri dell'impresa».

(40) Intesa come incongruenza con «l'impianto assiologico del diritto del lavoro, che, in quanto fondato su valori di rango costituzionale, perimetra *ab externo* il campo del potere, onde evitare la lesione di diritti del lavoratore garantiti da norme di legge o di contratto collettivo» (ancora Perulli 2015b, p. 87).

(41) Così Carinci 2012b, 556. Nello stesso senso, successivamente, *Ead.* 2015, spec. 46 s. Sul rapporto tra licenziamento ingiustificato e per motivo illecito-discriminatorio, da ultimo, Marinelli 2017a, 166 ss.

(42) In senso esplicitamente contrario vd.: Speciale 2012, 544 ss.; Barbera 2013, 149 s.; Mazzotta 2012, 11.

(43) Come riconosciuto dalla stessa Carinci (2015, 47, nota 73), che richiama Cass. 27.2.2015, n. 3986, cit.; T. Milano 11.2.2013, in *RCDL*, 2013, 210 ss., con nota redazionale; T. Milano 5.11.2012, cit.

In questo senso, la strada imboccata dalle pronunce in commento parrebbe essere quella di valorizzare l'intima interconnessione tra recesso (solo) ingiustificato/illegittimo e recesso (anche) ritorsivo/nullo, tale da consentire non già una compiuta assimilazione, ma il riconoscimento di spazi di reciproca sovrapposizione.

Si tratta, a sommosso avviso di chi scrive, di un percorso condivisibile, non solo per ragioni di carattere sistematico, ma anche sulla base della massima di comune esperienza per cui, in generale, chi adduce una ragione inconsistente, spesso nasconde una ragione inconfessabile.

Riferimenti bibliografici

- Aiello F. (2013), *Il licenziamento nullo (per discriminazione, per motivo illecito, per ragioni tipiche o per «altre ipotesi di nullità») e il licenziamento orale*, in Giorgi F.M. (coordinato da), *La riforma del mercato del lavoro. Aspetti sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 154 ss.
- Ballestrero M.V. (2016), *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, n. 2, 231 ss.
- Barbera M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, n. 1, I, 139 ss.
- Barbieri M. (2013), *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in Barbieri M., Dalfino D., *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 11 ss.
- Bavaro V., D'Onghia M. (2016), *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 305.
- Biasi M. (2016), *Il licenziamento nullo: grimaldello o chiavistello del sistema «a tutele crescenti»?*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 147 ss.
- Biasi M. (2017), *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Cedam, Padova.
- Cannati G. (2013), *La ritorsione indiretta*, in *RGL*, n. 2, II, 326 ss.
- Cannati G. (2017), *Itinerari giurisprudenziali sui licenziamenti «ritorsivi-discriminatori» e novità normative*, in *RGL*, n. 4, II, 525 ss.
- Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova.
- Carinci M.T. (2012a), *Il licenziamento discriminatorio o «per motivo illecito determinante» alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in *RGL*, n. 4, I, 641 ss.
- Carinci M.T. (2012b), *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *DLRI*, n. 4, 527 ss.
- Carinci M.T. (2015), *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di legge o in forma orale*, in Carinci M.T., Tursi A. (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 27 ss.
- De Michiel F. (2016), *L'effettività del diritto antidiscriminatorio alla luce della speciale disciplina processuale*, in Perulli A. (a cura di), *L'idea del diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Wolters Kluwer-Cedam, Milanofiori Assago, 355 ss.
- Gragnoles E. (2010), *La nozione di licenziamento ritorsivo e le possibili motivazioni del recesso*, in *RGL*, n. 1, II, 59 ss.

- Gramano E. (2015), *Sull'accertamento della ritorsività del licenziamento*, in *ADL*, n. 4-5, II, 971 ss.
- Iarussi D. (2014), *La tutela antidiscriminatoria ex art. 28 d.lgs. n. 150/2011 nella dialettica sindacale*, in *DML*, n. 1-2, 63 ss.
- La Tegola O. (2009), *Oltre la discriminazione: legittima differenziazione e divieti di discriminazione*, in *DLRI*, n. 3, 471 ss.
- Marazza M. (2012), *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, n. 3, I, 612 ss.
- Marinelli F. (2017a), *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, Giuffrè, Milano.
- Marinelli F. (2017b), *Ma il licenziamento ritorsivo è discriminatorio o per motivo illecito?*, in *RIDL*, n. 4, II, 735 ss.
- Mazzotta O. (2012), *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 159.
- Musella C. (2015), *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in Ferraro G. (a cura di), *Il licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, in *Quaderni di ADL*, n. 14, 13 ss.
- Perulli A. (2015a), *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Perulli A. (2015b), *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, n. 1, I, 83 ss.
- Peruzzi M. (2017), *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino.
- Scarponi S. (2017), *Ius vivens ed implicazioni derivanti dall'accoglimento della nozione oggettiva di licenziamento discriminatorio*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 231 ss.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, n. 3, I, 521 ss.
- Tarquini E. (2015), *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, Milano.
- Treu T. (2015), *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *GLav.*, n. 3, 14 ss.
- Voza R. (2015), *Licenziamenti illegittimi e reintegrazione: la nuova mappa del Jobs Act*, in *DLRI*, n. 4, 583 ss.

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

TRIBUNALE TORINO, 31.1.2018 – Est. Filicetti – F.M. (avv.ti Martino, Lamacchia, Pappalettera) c. C.S. Spa (avv. Falardi) e T.I. Spa (avv.ti Boursier Niutta, Forchino).

Interposizione di manodopera – Lavoro autonomo – Apparenza giuridica – Esternalizzazioni.

Anche quando non ricorre l'interposizione illecita di manodopera vale il principio secondo cui l'attuazione di fatto di un rapporto di lavoro subordinato ne comporta la costituzione di diritto, superando un'apparenza contrattuale di diverso segno per la presenza di contratti di lavoro autonomo. (1)

(1) LA PRESTAZIONE DI LAVORO AUTONOMO TRA TRIANGOLAZIONE
DEI RAPPORTI SOGGETTIVI E APPARENZA GIURIDICA

1. — La pronuncia osservata ha a oggetto il riconoscimento di illegittima interposizione di manodopera nel caso di prestazione di lavoro autonomo. A una prima lettura, la *quaestio iuris* presenta un contenuto apparentemente ossimorico, giacché di fenomeno interpositorio (Art. 1, l. n. 1369/1960, ormai abrogato) può parlarsi solo laddove un vincolo di subordinazione sia effettivamente sussistente. Il tema è tuttavia più ampio e ha a che vedere con il ricorso sempre più frequente a politiche di esternalizzazione che, anche in virtù dei progressi tecnologici, presentano un elevato tasso di integrazione e di interdipendenza fra impresa cliente e impresa fornitrice.

In carenza di interventi recenti da parte del legislatore, la decisione in esame, vale la pena anticiparlo, riconosce la natura subordinata del rapporto di lavoro, ma esclude l'esistenza di un fenomeno di interposizione. Nello specifico, il ricorso è presentato da un lavoratore autonomo, il sig. F.M., per ottenere una pronuncia dichiarativa della sussistenza di un rapporto di lavoro di tipo subordinato relativo a periodi di tempo differenti e nei confronti di due società convenute; la T.I. Spa e la C.S. Spa; in via consequenziale rispetto al *petitum*, il ricorrente rivendica altresì il diritto a un corretto inquadramento e al corrispondente trattamento economico.

Tutte le allegazioni probatorie fornite dal lavoratore sono poi finalizzate a dimostrare la configurazione nel caso di specie di un'ipotesi di interposizione fittizia di manodopera. Il rapporto su cui riposa l'intera vicenda è infatti trilatero: la T.I. Spa è soggetto appaltante; la C.S. Spa appaltatore; mentre il ricorrente ha svolto la propria attività di collaborazione autonoma – con regolare partita Iva – in favore della C.S. Spa (e, prima di questa, della P. Srl), in forza di contratti di appalto (Art. 1655) o di lavoro autonomo (Art. 2222 c.c.). In particolare, F.M. prestava la propria consulenza informatica formalmente per la C.S. Spa, percependo una remunerazione proporzionata ai giorni di fornitura di detto servizio e comprensiva di un compenso giornaliero.

Alla luce di tale rapporto in cui il piano formale, di collaborazione priva di subordinazione, sembra divergere da quello sostanziale, di effettivo e continuativo svolgimento della prestazione eterodiretta dalla appaltante, il ricorrente rivolge la domanda di accertamento dell'esistenza di un rapporto subordinato a entrambi i convenuti.

2. — Il cuore della questione che il giudice è chiamato a sciogliere è rappresentato dall'accertamento di eventuali violazioni del divieto di interposizione illegittima di manodopera, che richiede, tuttavia, una essenziale ricognizione normativa.

Come noto, l'art. 1, l. 23 ottobre 1960, n. 1369 («Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi»), inibiva all'imprenditore l'affidamento in appalto, subappalto o in forme equivalenti dell'esecuzione di mere prestazioni di lavoro, mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, indipendentemente dalla natura dell'opera o del servizio prestato (Commi 1 e 3; Del Conte 2015).

Il divieto, che si rivolgeva anche alle società cooperative, era accompagnato dalla comminazione di sanzioni civili e penali nei confronti dell'imprenditore e del soggetto interposto (Art. 2), tra cui quella consistente nella emersione-stabilizzazione del reale rapporto di dipendenza intercorrente tra prestatore e soggetto committente (Art. 1, V), che la giurisprudenza più tardi ha inquadrato nell'istituto della novazione soggettiva e oggettiva del rapporto (Cass. 18.10.2005, n. 20159, in *Redazione Giuffrè*). Si trattava di una sanzione tipica, in quanto applicata dall'ordinamento in tutte le situazioni caratterizzate da fenomeni di apparenza, nonché espressiva dello sfavore nutrito dal legislatore verso i rapporti soggettivi trilateri, maggiormente tendenti a fenomeni elusivi. Era frequente, infatti, l'assunzione di lavoratori da parte di imprenditori che però mettevano le loro prestazioni a disposizione di altri soggetti, i quali, nella veste di datori *de facto*, esercitavano poteri direttivi, gerarchici e disciplinari sui prestatori (Cass. 27.11.2012, n. 21030, in *Redazione Giuffrè*); inoltre, non era infrequente che lavoratori dipendenti dell'appaltatrice svolgessero mansioni estranee al contratto di appalto e, addirittura, alla stessa attività dell'interposta (Campanella 2013). La situazione ora descritta era percorsa da un'asimmetria di posizione non tollerabile dall'ordinamento: il lavoratore si vedeva preclusa qualsivoglia tutela in sede previdenziale, come in quella giudiziale, in cui gli era impedita, ad esempio, qualsiasi azione di responsabilità patrimoniale (Art. 2740 c.c.) per i crediti maturati nei confronti dell'effettivo datore, mentre questi poteva avvalersi di manodopera formalmente in carico a terzi e, di conseguenza, di un costo del lavoro contenuto.

Entro questo assetto a forte *ratio* garantista, il legislatore ha a più riprese inserito alcuni elementi di flessibilità, in risposta alle nuove esigenze dettate dalla produzione industriale. Appare pertanto coerente con i nuovi modelli lavorativi la scelta contenuta nella l. n. 196/1997 («Norme in materia di promozione dell'occupazione», cd. Pacchetto Treu) di introdurre un modello legale di fornitura di mere prestazioni di lavoro temporaneo da parte di agenzie iscritte ad albo pubblico. In forza di tale contratto, le imprese intermediarie assumevano oneri retributivi e contributivi verso i propri lavoratori dipendenti, i quali erano di fatto inseriti nell'organizzazione dell'utilizzatore. Confermato il divieto di interposizione per i casi in cui l'appalto *ex art.* 1665 c.c. non fosse considerabile come genuino, nella disciplina del 1997 restava invariato anche il previsto regime sanzionatorio di stabilizzazione (giuridica) della situazione (fattuale), mediante instaurazione di un rapporto di tipo subordinato alle dipendenze del soggetto che effettivamente si avvalsesse delle prestazioni.

A distanza di sei anni, il legislatore delegato (D.lgs. n. 276/2003: «Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30») interviene con un'ulteriore disciplina, che, da un lato, abroga espressamente la l. n. 1369 (Art. 85), e, dall'altro, amplia i casi di ricorso alla somministrazione di lavoro (Art. 20).

Per la giurisprudenza (Cass. 7.2.2018, n. 2990, S.U., in *Redazione Giuffrè*) e per larga parte della dottrina (Del Punta 2006), la compiuta rinormazione della materia non ha tuttavia espunto dall'ordinamento il divieto di interposizione illegittima (In senso difforme, Speciale 2016), che resta in tutti quei casi in cui «l'appaltatore mette a disposizione del committente una mera prestazione lavorativa, riservandosi i compiti di gestione amministrativa del rapporto di lavoro, ma senza un effettivo esercizio dei poteri direttivi nei confronti dei lavoratori e senza una concreta organizzazione della prestazione lavorativa che risulti finalizzata a un risultato produttivo autonomo» (Ministero del Lavoro, nota del 22 ottobre 2009, n. 77). A conforto, la conferma dell'impianto sanzionatorio già previsto, in virtù del quale il lavoratore, sia nelle ipotesi di somministrazione irregolare sia in quelle di appalto fittizio, può richiedere in via giudiziale la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del committente, con retroazione degli effetti a partire dall'inizio della somministrazione o dell'appalto non genuini.

3. — Tutti i passaggi normativi richiamati paiono riposare su un elemento uniforme, ovvero l'erogazione di una prestazione di lavoro a carattere subordinato, come normativamente cristallizzato già all'art. 1 della legge del 1960, dopo l'estensione dell'originaria previsione *ex art.* 2127 c.c. per i soli lavori a cottimo. In quest'ottica, il problema relativo a eventuali schermi soggettivi, di cui il legislatore si è fatto carico a più riprese, postula uno scarto tra dato reale e forma giuridica del rapporto di lavoro che sembrerebbe escluso nel caso di una mera collaborazione, priva di subordinazione. Sulla base di tale argomentazione, e forse in modo eccessivamente veloce, il Tribunale di Torino ritiene incompatibile lo svolgimento della prestazione autonoma di servizi informatici resa dal sig. F.M. con una fattispecie di illecita interposizione. E, invece, l'accertamento della genuinità o meno del contratto di appalto (Del Punta 2008; Zilio Grandi, Sferrazza 2012) riveste importanza centrale non solo per il giudizio *de quo*, ma anche per l'attuale fase delle relazioni produttive. In questo senso, una disamina processuale che non si fosse arrestata alla natura formalmente autonoma della prestazione del ricorrente, ma avesse guardato anche alla realtà sostanziale della stessa – come il Tribunale è sembrato fare ai fini del riconoscimento della natura subordinata del rapporto intercorso tra il sig. F.M. e la T.I. Spa –, fino a contestualizzarla entro un rapporto trilatero, avrebbe agevolato la puntuazione degli indici sintomatici del fenomeno interpositorio mediante appalto, da tempo avviata dalla giurisprudenza (*Ex multis*: Cass. 6.4.2011, n. 7898, sull'imprenditorialità dell'appaltatore; Cass. 16.10.2013, n. 23522, sul suo potere direttivo; Cass. 31.12.1993, n. 13015, sulla non riferibilità al committente di mezzi e strumenti utilizzati nell'appalto, in *Redazione Giuffrè*).

L'autonomia nella prestazione di lavoro costituisce, infatti, un tratto comune al contratto di appalto endoaziendale, che consente l'affidamento a un appaltatore esterno di attività strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente. In questo quadro, l'appaltatore gode di ampia autonomia organizzativa nell'esercizio

della sua attività imprenditoriale, tra cui la direzione del personale e la decisione sulle modalità della prestazione; laddove tale coordinamento difetti, l'apporto dell'appaltatore è destinato ad assumere rilievo meramente superfluo, determinando, in definitiva, una incompatibilità tra i due contratti sottoscritti. Perché si realizzi un'ipotesi di intermediazione vietata, non occorre che l'impresa appaltatrice sia fittizia, giacché, una volta accertata l'estraneità dell'appaltatore all'organizzazione e direzione del prestatore di lavoro nell'esecuzione dell'appalto, rimane priva di rilievo ogni questione inerente il rischio economico e l'autonoma organizzazione del medesimo (Cass. civ. 24.11.2015, n. 23962, in *Redazione Giuffrè*). La incompatibilità tra fenomeno interpositorio e prestazione di lavoro può determinarsi pertanto solo in esito a un esame fattuale, come rileva nel 2017 la Corte di Cassazione (Cass. 26.1.2017, n. 1997, in *Redazione Giuffrè*), che condanna una nota società cooperativa-interponente per aver tenuto una condotta direttiva e organizzativa – assimilabile a quella normalmente esercitata da un datore di lavoro – nei riguardi di una lavoratrice collaboratrice a progetto, dunque priva di vincolo di subordinazione.

4. — Resta da chiarire il punto relativo alla natura sostanziale dei rapporti intercorrenti tra il ricorrente e le società committenti, sebbene la domanda sia incentrata sulla interposizione fittizia. Sul punto, il percorso motivato seguito non presenta particolari innovazioni: fermo, infatti, il *discrimen* tra lavoro autonomo e subordinato rappresentato dal vincolo di soggezione, il giudice valuta le condotte complessive adottate dalle parti anche nella fase successiva alla conclusione del contratto tra la società appaltante e quella appaltatrice. Nell'eseguire questo accertamento, l'organo giudicante si avvale di taluni indici sintomatici, tra cui l'esercizio del potere disciplinare e di quello di organizzazione delle attività lavorative, che, nella visione costituzionalmente orientata ex art. 41 Cost., spetta al datore (in questo caso appaltante).

Unitamente a tali presunzioni di carattere relativo, il giudice in sede di istruttoria acquisisce varie testimonianze comprovanti lo stabile ed effettivo inserimento del ricorrente entro la realtà produttiva della società T.I. Spa, e non semplicemente il suo sottoporsi a direttive impartite dall'imprenditore sotto forma di meri suggerimenti o indicazioni per «ottimizzare il risultato del prodotto facente comunque capo all'organizzazione e gestione proprie dell'appaltatore» (Cass. 27.3.2017, n. 7796, in *Redazione Giuffrè*).

Il Tribunale ritiene invece insufficienti le prove fornite a supporto della costituzione di un rapporto ex art. 2094 c.c. fra il ricorrente e l'altra società convenuta, la C.S. Spa, anche alla luce della impossibilità di vantare la medesima pretesa avverso entrambi i soggetti appaltanti.

5. — In via conclusiva, la decisione si inserisce nel filone giurisprudenziale sempre più nutrito che verte sul ricorso a esternalizzazioni mediante collaborazioni di lavoro autonomo. I poli del dibattito sono ampiamente noti e tendono a informare il ragionamento degli organi giudicanti: da un lato, la posizione ancora legata al concetto tradizionale di subordinazione; dall'altro, quella più attenta alla natura sostanziale dei rapporti contrattuali, in coerenza con il principio di apparenza giuridica. Nel caso delle esternalizzazioni di servizi, la specifica esigenza di superare il contrasto persistente tra la forma (legale) e la sostanza (fattuale) dei modelli di lavoro si traduce sul piano

processuale in un duplice aggravio, consistente, per il giudice, nello sciogliere in sede interpretativa l'aporia esistente tra la figura di un lavoratore formalmente autonomo ma sostanzialmente subordinato all'interno di una triangolazione soggettiva, e, in modo speculare, per le parti, nel coadiuvare il relativo accertamento con una robusta e quanto più circostanziata allegazione probatoria.

Al riguardo, come si è tentato di porre in risalto, la sentenza osservata mostra un impianto argomentativo non immune da illinearità, specie nella parte relativa alla insussistenza di una fattispecie interpositoria illecita. Purtuttavia, la pronunzia consente, nella sua incompletezza, di ricavare *a contrario* i passaggi logici su cui deve fondarsi il giudizio in merito alla natura delle forme contrattuali a subordinazione attenuata. Il relativo accertamento si snoda, infatti, attraverso un percorso bifasico, e logicamente consequenziale, che mira in primo luogo a verificare l'esistenza di un rapporto subordinato, quindi a individuare il soggetto che abbia conseguito un effettivo vantaggio economico dalla prestazione, valutabile anche in termini di risparmio del costo del lavoro, come detto. Solo in esito a siffatto giudizio l'apparente discrasia tra lavoro autonomo e interposizione di manodopera è destinata a trovare una soluzione sul piano fattuale, come tutte le ipotesi di *apparentia iuris* richiedono.

Riferimenti bibliografici

- Campanella P. (2013), *Attività estranea all'oggetto dell'appalto tra interposizione illecita e prestazione di fatto*, in *ADL*, n. 4-5, II, 1040 ss.
- Del Conte M. (2015), *Vicende del rapporto di lavoro*, in Aa.Vv., *Fondamenti di Diritto del lavoro*, II ed., Vicenza, cap. VI, sez. III, 227 ss.
- Del Punta R. (2006), *Le nuove regole dell'outsourcing*, in Serra C. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o reregolazione?*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, I, 625 ss.
- Del Punta R. (2008), *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, n. 2, I, 129 ss.
- Speziale P. (2016), *Contratto di appalto*, in Rotondi F. (a cura di), *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, I ed., Milano, 447 ss.
- Zilio Grandi G., Sferrazza M. (2012), *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in *RIDL*, n. 1, I, 129 ss.

Oscar Genovesi

*Dottore di ricerca in Business, institutions, markets
presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio»*

CONTROVERSIE DI LAVORO

CORTE COSTITUZIONALE, 19.4.2018, n. 77 – Pres. Lattanzi, Est. Amoruso – B. (avv.ti Martino, Andreoni), R. (avv.ti Piccinini, Andreoni) c. Rear Scarl (avv. Frus) – Avv. Stato Rago.

Controversie di lavoro e previdenza – Spese giudiziali – Compensazione – Tassatività delle ipotesi – Illegittimità costituzionale.

È illegittimo l'art. 92, comma 2, c.p.c. nella parte in cui non consente la compensazione delle spese giudiziali anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, oltre quelle tassativamente previste. (1)

(1) SULLA COMPENSAZIONE DELLE SPESE GIUDIZIALI E
SULLA DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE IN MATERIA PROCESSUALE

SOMMARIO: 1. Il dispositivo: l'illegittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c. — 2. La motivazione. — 3. L'interpretazione della disposizione dichiarata illegittima. — 4. Il *self-restraint* della Corte sulla discrezionalità del legislatore in materia processuale. — 5. Il processo «regolato dalla legge» e la discrezionalità del legislatore. — 6. *Segue*: La ritenuta insindacabilità della discrezionalità del legislatore. — 7. Il principio di uguaglianza nel processo.

1. — *Il dispositivo: l'illegittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c.* — Il giudice delle leggi ha cancellato con un tratto di penna le ripetute modifiche dell'art. 92, comma 2, c.p.c. sulla compensazione delle spese.

In base a questa decisione [Già commentata da Rita Sanlorenzo (2018), e da Franco Scarpelli e Marta Giaconi (2018)], il legislatore ordinario non potrà più escludere la discrezionalità del giudicante nel compensare le spese.

Le spese giudiziali possono essere compensate non solo per i motivi indicati dalla disposizione, ma anche per «altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni», rimesse alla discrezione del giudice e, quindi, non sindacabili, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c., dalla Cassazione.

Le «gravi ed eccezionali ragioni» si aggiungono al caso di «soccombenza recipro-

ca», a quello, della «assoluta novità della questione trattata» e a quello del «mutamento della giurisprudenza».

Nel commentare le ordinanze di rimessione (Costantino 2017a e 2017b), in base alla giurisprudenza della stessa Corte, si è prudentemente dubitato della possibilità di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate; si è manifestato il timore che la rimessione potesse risolversi in un *boomerang* negando ogni spazio a una interpretazione correttiva; si è prospettata una interpretazione adeguatrice.

La Corte ha superato ogni dubbio. Ha emesso una decisione additiva, che riporta il sistema alla situazione anteriore alle riforme del 2005, del 2009 e del 2014. Queste riforme sono state ritenute in contrasto con la Costituzione e non potranno essere più neppure tentate.

La cauta prospettiva accolta nel commento alle ordinanze di rimessione si è rivelata sbagliata.

La decisione in epigrafe richiama l'attenzione sul ruolo e sulle funzioni del giudice delle leggi.

Questo profilo appare quello meritevole di maggiore considerazione.

2. — *La motivazione* — Occorre, tuttavia, dare preliminarmente conto della decisione che si commenta anche in relazione alla dichiarata rilevanza della questione oggetto del giudizio.

Nella motivazione (par. 10), la Corte prende le mosse dalla disciplina delle spese nel codice di rito del 1865. Ricorda che, in base al testo del codice del 1940, del quale richiama la Relazione, il giudice avrebbe potuto compensare le spese se vi fosse stata «soccombenza reciproca» o concorso di «altri giusti motivi». Menziona l'evoluzione, in senso restrittivo, della giurisprudenza di legittimità: Cass. 15.7.2005, n. 14989, S.U. (In *RFI*, 2005, voce *Spese giudiziali civili*, n. 10), e Cass. 30.7.2008, n. 20598, S.U. (*FI*, 2008, I, 2778, in *Corriere merito*, 2008, 1274, in *GI*, 2009, 1211, in *GC*, 2009, I, 115) (par. 11). Elenca le riforme: l'art. 2, c. 1, lett. a, l. 28.12.2005, n. 263, per il quale i «giusti motivi» sarebbero dovuti essere «esplicitamente indicati nella motivazione»; l'art. 45, c. 11, l. 18.6.2009, n. 69, per il quale le spese sarebbero potute essere compensate «se vi è soccombenza reciproca o concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione»; fino all'art. 13, c. 1, d.l. 12.9.2014, n. 132, conv. dalla l. 10.11.2014, n. 162, che ha stabilito che la compensazione delle spese è possibile «se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti» (par. 12).

Indica la *ratio* della evoluzione legislativa e giurisprudenziale nella «consapevolezza, sempre più avvertita, che, a fronte di una crescente domanda di giustizia, anche in ragione del riconoscimento di nuovi diritti, la giurisdizione sia una risorsa non illimitata e che misure di contenimento del contenzioso civile debbano essere messe in opera». Istituisce, quindi, un parallelo tra la disciplina della compensazione delle spese giudiziali e la normativa in tema di strumenti alternativi di composizione delle controversie (par. 13).

Qualifica, in sintonia con l'interpretazione dei giudici rimettenti, «tassative» le ipotesi di compensazione di cui all'ultimo testo dell'art. 92, c. 2, c.p.c. (par. 15).

Ritiene che tale tassatività sia irragionevolmente rigida in relazione ai giudizi pendenti al momento dell'entrata in vigore dell'ultima riforma. Richiama, a tal fine, l'ela-

borazione giurisprudenziale in tema di *overruling*: Cass. 11.7.2011, n. 15144, S.U. (In *GC*, 2011, I, 1039, sulla quale si rinvia a Costantino 2011, e, da ultimo, a Pani 2018).

La Corte menziona altresì l'art. 9, c. 1, lett. *f*, n. 2, d.lgs. 24.8.2015, n. 156, per il quale, nel processo tributario, le spese possono essere compensate in tutto o in parte, oltre che in caso di soccombenza reciproca, anche «qualora sussistano gravi ed eccezionali ragioni» che devono essere espressamente motivate (par. 16).

Afferma, infine, che «parimenti le ipotesi illegittimamente non considerate dalla disposizione censurata possono identificarsi in quelle che siano riconducibili a tale clausola generale e che siano analoghe a quelle tipizzate nominativamente nella norma, nel senso che devono essere di pari, o maggiore, gravità ed eccezionalità». Saggiunge che «l'obbligo di motivazione della decisione di compensare le spese di lite, [...] discende dalla generale prescrizione dell'art. 111, sesto comma, Cost., che vuole che tutti i provvedimenti giurisdizionali siano motivati» (par. 16).

La Corte riconosce che la regola generale è nel senso che le spese seguono la soccombenza, e che il legislatore ordinario gode di spazi di discrezionalità «nel dettare norme processuali [...] e segnatamente nel regolamentare le spese di lite» (par. 10, in fine). Nega, però, per le ragioni appena riassunte, che questa discrezionalità si estenda fino a escludere ogni discrezionalità sulla compensazione (par. 11).

In relazione alla rilevanza della questione sollevata dall'ordinanza torinese, il giudice delle leggi ha sovvertito l'orientamento per il quale la decisione sulle spese non può essere separata da quella sul merito: C. cost. 21.12.2004, n. 395 (In *GC*, 2005, I, 320, e in *GCost.*, 2004, 4355), per la quale «l'irrelevanza della questione, e la sua conseguente manifesta inammissibilità, è confermata dalla circostanza che il giudice rimettente è stato costretto – per poter sollevare il dubbio di costituzionalità – a scindere, rinviandola a un secondo momento, la decisione sulle spese da quella sul merito, e pertanto a emettere l'ordinanza di rimessione a questa Corte dopo che, con la sentenza definitiva del merito, aveva consumato il suo potere decisorio».

Secondo la sentenza in epigrafe (par. 8), «la decisione sulle spese di lite ha una sua distinta autonomia nella misura in cui è possibile l'impugnativa di questo solo capo della sentenza definitiva sicché, in tale evenienza, il giudizio di impugnazione è destinato ad avere a oggetto la sola regolamentazione delle spese di lite»; in base al principio della ragionevole durata del processo, è opportuno che non sia ritardata la decisione del merito e il processo sia sospeso, ai sensi dell'art. 23, c. 2, l. 11.3.1953, n. 87, limitatamente «a quanto strettamente necessario per la decisione della questione di legittimità costituzionale». Ne consegue che la natura della pronuncia sulle spese «rileva al fine non già dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, ma del regime dell'impugnazione di tale pronuncia quanto alla possibilità, o no, della riserva facoltativa d'appello *ex art. 340 cod. proc. civ.*».

La Corte ha dato per scontata la rilevanza della questione sollevata dal giudice di Reggio Emilia. Anche in quel giudizio, il merito era stato definito e l'opposizione contro il provvedimento che aveva rigettato il ricorso contro il licenziamento revocato aveva per oggetto soltanto il capo relativo alle spese. La revoca sopravvenuta del licenziamento impugnato avrebbe consentito l'applicazione della «soccombenza – virtuale – reciproca» e, quindi, la compensazione delle spese. Ma tale aspetto non è stato considerato.

3. — *L'interpretazione della disposizione dichiarata illegittima* — I passaggi decisivi della pronuncia in epigrafe riguardano la tassatività delle ipotesi considerate dall'art. 92, c. 2, c.p.c. e l'ambito della discrezionalità del legislatore ordinario «nel dettare norme processuali [...] e segnatamente nel regolamentare le spese di lite».

Sul primo, la Corte (par. 5) ha ritenuto «plausibile» la motivazione dei giudici rimettenti, perché «il recente ripetuto intervento del legislatore sulla disposizione censurata [...] mostra chiaramente che si è inteso restringere sempre più la discrezionalità del giudice della controversia fino a definire le sole ipotesi che facoltizzano il giudice, in caso di soccombenza totale, a compensare, in tutto o in parte, le spese di lite; ipotesi che quindi sono tassative: la soccombenza reciproca ovvero l'assoluta novità della questione trattata o il mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti». Ha anche aggiunto che, «se è vero che le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime “perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)”, ciò però non significa che “ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito”».

Richiama, in questo senso, C. cost. 24.2.2017, n. 42 (In *FI*, 2017, I, 2560, con nota dell'estensore della motivazione della decisione in epigrafe), e C. cost. 13.4.2017, n. 83 (*Ivi*, 2017, I, 1813).

Entrambe le decisioni, tuttavia, sebbene non abbiano dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate, non hanno accolto le eccezioni: sono sentenze interpretative di rigetto. Entrambe hanno dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni impugnate e ne hanno fornito un'interpretazione adeguatrice: la prima, dell'art. 2, c. 2, lett. *l*, l. 30 dicembre 2010, n. 240, nella parte in cui consente l'attivazione generalizzata ed esclusiva di corsi di studio universitari in lingua straniera; la seconda, dell'art. 35-ter, l. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non prevede gli internati tra i soggetti legittimati a proporre istanza per richiedere il rimedio risarcitorio ivi previsto e nella parte in cui non prevede, nel caso di accertata violazione dell'art. 3 Cedu, per un periodo non inferiore a quindici giorni, la riduzione della durata della misura di sicurezza detentiva e/o il ristoro pecuniario a titolo di rimedio risarcitorio.

Nel commento alla prima decisione, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale e ha prospettato un'interpretazione adeguatrice, l'estensore della sentenza in epigrafe ha rilevato «il superamento di quell'orientamento giurisprudenziale più volte affermato in passato secondo cui costituisce condizione di ammissibilità della questione di costituzionalità in via incidentale, oltre alla sua rilevanza e non manifesta infondatezza, anche la previa verifica che la disposizione censurata non possa in alcun modo essere interpretata, dal giudice rimettente, in termini costituzionalmente orientati, sì da esprimere un contenuto normativo non confliggente con parametri costituzionali e quindi risolvere il possibile dubbio di legittimità costituzionale». «Il nuovo orientamento [...] comporta la revisione di un atteggiamento di *self-restraint* che in passato aveva visto la Corte ritirarsi con pronunce di inammissibilità allorché ravvisava la possibilità di un'interpretazione adeguatrice non esplorata o erroneamente esclusa dal giudice rimettente e chiama la Corte a un ruolo più diretto nel delibare il presupposto interpretativo da cui muove il giudice rimettente entrando nel merito dell'interpretazione della legge». Ne consegue, secondo la nota di commento, che «la Corte si riappropria di uno spazio di interpretazione adeguatrice che in prece-

denza era lasciato alla giurisprudenza comune», e che «meno remoto è il rischio che possa non esserci sintonia con il sindacato di legittimità svolto in generale dalla Corte di Cassazione (ex art. 111, comma 7, Cost.) e, per le rispettive aree di competenza giurisdizionale, dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti (art. 111, comma 8, Cost.)».

La Corte ha fatto propri questi rilievi in riferimento alla compensazione delle spese.

In base al testo dell'art. 92, c. 2, c.p.c., una interpretazione adeguatrice si sarebbe potuta fondare sul combinato disposto degli artt. 88, 175, c. 1, e 92, c. 1, c.p.c., per i quali, rispettivamente, «le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità», e il giudice «esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento» e ha il potere di condannare anche la parte vittoriosa al rimborso delle spese, anche non ripetibili. Si sarebbe potuto considerare ragionevole ritenere che il potere di condannare la parte vittoriosa alle spese implicasse quello di compensarle.

Ma tale possibilità è stata esclusa. La Corte ha condiviso l'interpretazione dei giudici rimettenti, ha cancellato le ultime riforme dell'art. 92, c. 2, c.p.c. e ha sostanzialmente restaurato il testo originario della disposizione; non sembra, infatti, vi siano sostanziali differenze tra i «giusti motivi» previsti nel 1940 e le «gravi ed eccezionali ragioni» indicate dalla pronuncia additiva che si commenta, e che sono assorbenti rispetto alle ipotesi espressamente menzionate.

L'obbligo di motivazione, che la Corte fa discendere dall'art. 111, c. 6, Cost., peraltro, deve fare i conti con l'art. 360, n. 5, c.p.c., per il quale la motivazione non è sindacabile dal giudice di legittimità, cosicché la valutazione delle altre «gravi ed eccezionali ragioni» resta affidata alla giurisprudenza di merito.

La Cassazione, tuttavia, nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, potrebbe indicare comunque il significato del rinnovato testo dell'art. 92, c. 2, c.p.c.: ai sensi dell'art. 363 c.p.c., potrebbe provvedere d'ufficio su ricorsi con i quali sia censurata, in spregio di quanto previsto dall'art. 360, n. 5, c.p.c., la motivazione sulla compensazione delle spese e potrebbe essere investita da ricorsi proposti a tal fine dalla Procura generale.

4. — *Il self-restraint della Corte sulla discrezionalità del legislatore in materia processuale* — Il secondo passaggio riguarda l'ambito della discrezionalità del legislatore ordinario «nel dettare norme processuali [...] e segnatamente nel regolamentare le spese di lite».

La Corte ne ha segnato i confini.

Ha interpretato l'art. 28, l. 11 marzo 1953, n. 87, che esclude espressamente «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento», nel senso che è sindacabile la discrezionalità del legislatore ordinario nel dettare norme processuali e, in particolare, nel determinare le eccezioni alla regola generale in materia di spese giudiziali, per la quale queste seguono la soccombenza.

La decisione esprime un giudizio di valore, espresso efficacemente da Anna Luisa Terzi e già manifestato da Pasquale Stanislao Mancini e da Geremia Bentham, ricordato da Andres de la Oliva Santos (Per le indicazioni si rinvia alla nota a T. Torino 30.1.2016, in *RGL*, 2017, II, 167 ss.: Costantino 2017a). Questo giudizio di valore è stato pretermesso nel commento alle ordinanze di rimessione, fondato, invece, sui pre-

cedenti della stessa Corte e, perciò, in base ad una prospettiva che non tiene conto della composizione, del ruolo e delle funzioni del giudice delle leggi.

Alla Corte costituzionale, infatti, non è attribuito il compito di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, nonché l'unità del diritto oggettivo nazionale, conferito, invece, alla Corte di Cassazione dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario di cui al r.d. 30.1.1941, n. 12.

Le decisioni di quest'ultima in materia processuale, difformi e in contrasto con i propri precedenti, sono fenomeni patologici. Come tali, meritano di essere criticati e sono talvolta corretti dalla stessa Corte nella sua composizione più autorevole: basti ricordare, a mero titolo di esempio: Cass. 8.11.2010, n. 22711, e Cass. 14.10.2010, n. 19251 (In *RGL*, 2011, I, 67), smentite da Cass. 20.2.2013, n. 4213, S.U. (*Ivi*, 2013, I, 1137); Cass. 4.4.2012, n. 5426, e 8.5.2013, n. 10732 (Entrambe in *RGL*, 2014, I, 181), smentite da Cass. 28.10.2014, n. 22854 (In *RFI*, 2014, voce *Astensione e ricusazione*, n. 28), da Cass. 12.12.2014, n. 26223 (*Ivi*, voce cit., n. 28), da Cass. 7.7.2016, n. 13935 (*Ivi*, 2016, voce cit., n. 24), e da Cass. 11.3.2016, n. 4837 (*Ivi*, voce cit., n. 25); Cass. 19.2.2014, n. 3934 (In *FI*, 2014, I, 3254, e in *Rivista di diritto processuale*, 2015, 256); Cass. 17.4.2014, n. 8940, 8941, 8942, 8943 (In *FI*, 2014, I, 1412), sulle quali è intervenuta Cass. 2.2.2016, n. 1914, S.U. (*Ivi*, 2016, I, 2478); Cass. 9.7.2014, n. 15601, e Cass. 2.7.2014, n. 14991 (*Ivi*, 2014, I, 3098), smentite da Cass. 22.12.2015, n. 25774, S.U. (In *GI*, 2016, 1902, e in *Rivista di diritto processuale*, 2016, 202 e 1330); Cass. 23.1.2015, n. 1238, S.U. (In *FI*, 2015, I, 2074); Cass. 3.3.2015, n. 4228 (In *Giusto processo civile*, 2015, 929), sulla quale è intervenuta Cass. 25.1.2017, n. 1925; Cass. 26.7.2016, n. 15513 (In *FI*, 2016, I, 2091), e Cass. 11.7.2016, n. 20466 (In *FI*, 2016, I, 3102); e Cass. 21.3.2017, n. 7155, S.U. (*Ivi*, 2017, I, 118). Altre volte è intervenuto lo stesso legislatore: basti ricordare Cass. 9.9.2010, n. 19246, S.U. (*Ivi*, 2010, I, 3014), sulla quale è sopravvenuta la l. 29 dicembre 2011, n. 218.

La Corte costituzionale, ai sensi degli artt. 135 e 134 Cost., «è composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria e amministrative» e, giudica «sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni». Assicura, anche in base a valutazioni di politica del diritto, la conformità dell'ordinamento ai principi e ai valori della Carta fondamentale della Repubblica.

Con la decisione che si commenta, il giudice delle leggi ha abbandonato l'atteggiamento di *self-restraint*, posto a fondamento delle pronunce sull'argomento: C. cost. 18.11.1982, n. 196 (In *FI*, 1983, I, 535; in *GCost.*, 1982, I, 2092; in *GC*, 1983, I, 393), seguita da C. cost. 22.2.1984, n. 41 (In *GCost.*, 1984, I, 153), da C. cost. 22.10.1987, n. 335 (In *FI*, 1988, I, 2559), da C. cost. 22.2.1990, n. 79 (*Ivi*, 1990, I, 3338), da C. cost. 24.1.1991, n. 29 (In *GCost.*, 1991, 183), da C. cost. 25.7.1985, n. 222 (In *Giustizia penale*, 1985, I, 321, e in *Rivista penale*, 1986, 31), da C. cost. 31.12.1986, n. 303 (In *FI*, 1987, I, 671); da C. cost. 4.3.1999, n. 59 (In *GCost.*, 1999, 712); da C. cost. 2.4.1999, n. 117 (In *FI*, 2000, I, 392); e da C. cost. 21.12.2004, n. 395 (In *GC*, 2005, I, 320, e in *GCost.*, 2004, 4355). Soltanto nell'ambito del contenzioso previdenziale, in base all'art. 38, c. 2, Cost., il giudice delle leggi aveva sindacato la discrezionalità del legislatore: C. cost. 13.4.1994, n.

134 (In *FI*, 1994, I, 1303). Ma, al di fuori di quella, peculiare, fattispecie, anche in questo settore, aveva esercitato il *self-restraint* abbandonato dalla pronuncia in epigrafe: C. cost. 14.2.1973, n. 23 (*Ivi.*, 1973, I, 959), C. cost. 15.6.1979, n. 60 (*Ivi.*, 1979, I, 2295), C. cost. 3.4.1987, n. 98 (*Ivi.*, 1989, I, 942, e in *GC*, 1987, I, 1603), C. cost. 16.4.1987, n. 135 (In *FI*, 1987, I, 1974), C. cost. 20.3.1998, n. 71 (In *GCost.*, 1998, 728).

La giurisprudenza costituzionale era stata, finora, costante nel riconoscere il potere discrezionale del legislatore nel dettare la disciplina delle spese giudiziali, cosicché le relative disposizioni erano considerate insindacabili dal giudice delle leggi. In riferimento alla garanzia costituzionale del diritto di azione *ex* art. 24, c. 1, Cost. e a quella del «giusto processo» *ex* art. 111 Cost., e in base al principio generale per il quale le spese giudiziali seguono la soccombenza, si riteneva possibile dubitare delle eccezioni, non anche della mancata estensione di esse.

La decisione in epigrafe manifesta un mutamento di indirizzo non soltanto a livello di *obiter dictum*, come avvenuto, invece, con le pronunce richiamate in motivazione: C. cost. n. 42 e n. 83 del 2017, cit.; queste, infatti, hanno dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni impugnate e ne hanno fornito un'interpretazione adeguatrice.

In riferimento alla specifica questione esaminata, occorre prendere atto che la compensazione delle spese giudiziali è ammessa, oltre che nei casi di «soccombenza reciproca», di «assoluta novità della questione trattata» e di «mutamento della giurisprudenza», anche per altre «gravi ed eccezionali ragioni», rimesse alla valutazione del giudicante e assorbenti rispetto alle ipotesi espressamente menzionate.

In considerazione della composizione, del ruolo e delle funzioni della Corte, il *re-irement* non può essere considerato un fenomeno patologico. Esso manifesta una possibile efficacia dirompente di carattere generale.

Gli studiosi di diritto costituzionale potranno valutarne i rapporti con l'art. 28, l. 11 marzo 1953, n. 87 (Anche per indicazioni, si rinvia a Romboli 2017).

Dal punto di vista del diritto processuale civile, la decisione in epigrafe apre nuovi spazi al dibattito e alla ricerca.

5. — *Il processo «regolato dalla legge» e la discrezionalità del legislatore* — Le regole del processo, infatti, sono considerate un elemento essenziale del «giusto processo». L'art. 111, c. 1, Cost. (novellato dalla legge costituzionale 23.11.1999, n. 2) stabilisce che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

La previsione di regole del processo predeterminate e preventivamente conosciute o conoscibili dagli utenti costituisce la *ratio* dei processi a cognizione e a contraddittorio pieni. È diffusa l'opinione secondo la quale la previsione di forme più rapide e più semplici per l'attuazione del contraddittorio e per la cognizione del giudice non dovrebbe escludere la possibilità di accedere a un processo «regolato dalla legge» (Si rinvia a Costantino 2017c).

Tradizionalmente si ritiene che i procedimenti sommari abbiano la funzione di ripartire diversamente l'onere di sopportare i tempi e i costi del processo ordinario: normalmente tale onere incombe a chi lamenta la lesione di un diritto; l'anticipazione della tutela fa sì che esso ricada sull'altra parte.

Ma questa spiegazione appare superata.

Numerose controversie, infatti, sono interamente affidate all'esercizio dei poteri discrezionali del giudice, mediante l'attribuzione a questo del potere di regolare il processo «nel modo che ritiene più opportuno»: il procedimento sommario di cognizione, oltre che per scelta delle parti o del giudice nelle cause attribuite alla competenza del tribunale in formazione monocratica e regolate dal rito ordinario, ai sensi degli artt. 702-*bis*, comma 1, e 183-*bis* c.p.c., infatti, si applica alle controversie «di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria», ai sensi dell'art. 8, c. 3, l. 8 marzo 2017, n. 24; e si applica quale unica forma di tutela, senza possibilità di conversione del rito, alle controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato, ai sensi dell'art. 14, d.lgs. 1.9.2011, n. 150; all'opposizione al decreto di pagamento di spese di giustizia, ai sensi dell'art. 15 dello stesso decreto e, quindi, anche all'opposizione avverso i decreti di rigetto e di inammissibilità delle istanze di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, nonché a quelle avverso i decreti di revoca; a diverse controversie in materia di immigrazione, specificatamente indicate dagli artt. 16, 17, 18 e 19-*bis* dello stesso decreto; all'opposizione alla convalida del trattamento sanitario obbligatorio ai sensi dell'art. 21; a diverse controversie elettorali menzionate negli artt. 22, 23 e 24; alle controversie sulla illecita diffusione del contenuto di intercettazioni telefoniche ai sensi dell'art. 25 dello stesso decreto; all'impugnazione dei provvedimenti disciplinari a carico dei notai e dei giornalisti ai sensi degli artt. 26 e 27; alle controversie in tema di discriminazioni ai sensi dell'art. 28; all'opposizione alla stima nelle espropriazioni per pubblica utilità ai sensi dell'art. 29; alle controversie in materia di attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento, ai sensi dell'art. 30.

Più numerose sono le controversie regolate dal rito camerale: ai diversi procedimenti camerali in materia di famiglia e di tutela dei minori, e a quelli nell'ambito delle procedure concorsuali, si aggiungono quelli, in tema di immigrazione, per la convalida dell'espulsione, ai sensi dell'art. 13, c. 5-*bis* ss., d.lgs. 25.7.1998, n. 286, attribuita alla competenza del giudice di pace, e sulla protezione internazionale, ai sensi dell'art. 35-*bis*, d.lgs. 28.1.2008, n. 25 (aggiunto dal d.l. 17.2.2017, n. 13, conv. in l. 13.4.2017, n. 46).

In considerazione della varietà delle ipotesi, si manifesta difficile l'indicazione di una *ratio* comune ovvero di criteri oggettivi idonei a giustificare la ragionevolezza delle previsioni legislative.

Nonostante quanto previsto dall'art. 111, comma 1, Cost., in tutte queste ipotesi, la regolazione del processo è affidata alla discrezione del giudicante, senza alcuna possibilità di accedere a un modello processuale con regole predeterminate, come avviene nelle altre ipotesi in cui è prevista la cognizione sommaria.

La predeterminazione delle regole del processo, infatti, è garantita, ad esempio, dalla opposizione alla esecuzione contro i titoli esecutivi stragiudiziali e nei casi di esecuzione senza titolo, quale quella prevista dall'art. 2929-*bis* c.c., e dalla opposizione contro il decreto ingiuntivo e contro il decreto di repressione della condotta antisindacale *ex* art. 28, l. 20.5.1970, n. 300; esaurita la fase sommaria del procedimento di convalida di licenza o di sfratto, si apre quella a cognizione piena e così via.

Anche nel procedimento arbitrale, l'attribuzione al giudicante del potere discrezionale di regolare il processo è rimessa alla scelta delle parti, che, consapevolmente, ai sensi dell'art. 816-*bis* c.p.c., possono omettere di stabilire «le norme che gli arbitri deb-

bono osservare nel procedimento» e, quindi, possono consapevolmente affidare agli arbitri la «facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio [...] nel modo che ritengono più opportuno». Nell'arbitrato amministrato, ai sensi dell'art. 832 c.p.c., le regole del processo sono quelle del regolamento arbitrale.

Nelle ipotesi nelle quali è imposto il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* c.p.c. o è previsto il procedimento camerale di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. in materie contenziose, invece, la trattazione del processo è affidata all'estro del giudicante. Questi è tenuto comunque a osservare le garanzie fondamentali, ma può farlo secondo la propria interpretazione; in assenza di regole predeterminate, non sono censurabili, o lo sono a maglie larghissime, gli *errores in procedendo*. In considerazione di ciò, in alcuni uffici giudiziari, la materia è oggetto di linee guida o di protocolli; l'efficacia vincolante di queste disposizioni di *soft law* è oggetto di attenzione. Dove sono state emanate o concordate, esse garantiscono almeno la trasparenza e la preventiva conoscenza delle regole del gioco.

In questa prospettiva, non appare meritevole di essere condivisa la qualificazione di tali ipotesi come casi di cognizione piena, confondendo il dover essere con l'essere, ovvero affermare l'inammissibilità di deroghe al diritto alla prova ovvero la limitazione degli spazi per l'esercizio dei diritti di azione e di difesa. Lo svolgimento del processo, pur destinato a concludersi con un provvedimento idoneo al giudicato, è comunque affidato all'estro del giudicante, senza possibilità di accesso a un modello con regole predeterminate, nell'ambito del quale può essere contestata e censurata la violazione delle norme processuali.

6. — Segue: *La ritenuta insindacabilità della discrezionalità del legislatore* — In base alla ritenuta insindacabile discrezionalità del legislatore ordinario in materia processuale, queste scelte legislative sono state costantemente ritenute legittime dal giudice delle leggi, e questo indirizzo è condiviso dalla Corte di Cassazione.

Tanto quest'ultima quanto la Corte costituzionale, tuttavia, nel dichiarare inammissibili, infondate o manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale, spesso non hanno mancato di richiamare all'osservanza delle garanzie fondamentali del processo, ma si tratta di mere esortazioni, con un'efficacia minore delle sentenze interpretative di rigetto.

Basti ricordare, a mero titolo esemplificativo, giacché si tratta di affermazioni ricorrenti, che: per C. cost. 2.7.1970, n. 142, «il giudizio conclusivo non può essere basato su supposizioni o su congetture»; C. cost. 30.1.2002, n. 1 (In *FI*, 2003, I, 423), ha ritenuto inammissibile la questione sottoposta al suo esame, «in considerazione del potere del giudice di interpretare la normativa impugnata in senso conforme a Costituzione», e ha aggiunto che, «quanto alle eventuali prassi distorsive, esse si risolverebbero in errori cui rimedierebbe in sede di reclamo il controllo dei provvedimenti emessi in prima istanza»; ugualmente, C. cost. 23.1.2013, n. 10 (In *GCost.*, 2013, 239), ha concluso per l'inammissibilità, perché «il giudice remittente non si è fatto carico di individuare una possibile interpretazione delle norme censurate idonea a superare i dubbi di costituzionalità». A sua volta, Cass. 19.6.1996, n. 5629, S.U. (In *FI*, 1996, I, 3070), ha ricordato che «una parte della dottrina processual-civilistica è saldamente attestata nel ritenere la legittimità del procedimento ordinario utilizzato anche per rapporti non contenziosi, ma dubita della legittimità del procedimento camerale (o volontario) avente a oggetto con-

troversie su diritti o addirittura su *status*», ma ha ribadito che «il ricorso al procedimento camerale anche in tema di tutela giurisdizionale di diritti soggettivi o di *status* non impedisce l'osservanza del diritto di difesa e non preclude la possibilità che la relativa disciplina si conformi alle speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, purché siano assicurat[e] la garanzia del contraddittorio e l'esperibilità di ogni mezzo di prova, in modo da consentire alle parti di far valere tutte le loro ragioni», e che «la recente produzione normativa [...] non toglie che [...] lo stesso legislatore ordinario debba rispettare quel minimo di garanzie procedurali in funzione della struttura del rapporto in contestazione»; secondo Cass. 28.7.2004, n. 14200, S.U. (*Ivi*, 2005, I, 777), per la quale «la giurisdizione camerale [...] si è gradualmente trasformata [...] in un contenitore neutro, la celerità e la semplicità di forme non possono mai pregiudicare i diritti delle parti; in particolare, il diritto alla prova e la facoltà di prova, per la cui tutela giurisdizionale soccorrono, salvo specifiche disposizioni di legge, i principi che regolano il processo a cognizione piena».

Questo orientamento, rispetto al quale la pronuncia in epigrafe si pone in espresso contrasto, implica che il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, cc. 1 e 2, Cost. riguarda soltanto le parti del procedimento, e non anche i titolari di situazioni sostanziali analoghe.

Si è finora ritenuto che il legislatore ordinario fosse libero di dettare diverse forme di tutela processuale, purché queste garantissero il diritto di azione e di difesa. Ne consegue che si è ritenuta insindacabile non soltanto la scelta delle forme processuali, purché non lesive delle garanzie fondamentali del processo, ma anche l'individuazione dei soggetti in favore dei quali o contro i quali esse siano state previste.

Basti ricordare, quale esempio paradigmatico, che, per chiedere un decreto ingiuntivo e invocarne, eventualmente, anche la provvisoria esecuzione, ai sensi dell'art. 642, c. 2, c.p.c., occorre disporre di una prova scritta del credito, ai sensi degli artt. 633, n. 1, e 634 c.p.c., ma anche della mera dichiarazione di un creditore qualificato, ai sensi degli artt. 633, n. 2 e n. 3, e 635 c.p.c. o dell'art. 50, d.lgs. 1.9.1993, n. 385. All'attenzione dedicata dal legislatore ai professionisti, alle banche e agli enti pubblici non corrisponde quella dedicata ad altri creditori, e in particolare ai lavoratori subordinati, che non possono chiedere il decreto ingiuntivo in base alla busta paga o ad altri documenti, ma devono percorrere la via della cognizione piena. Questa soluzione è stata riconosciuta compatibile con le previsioni costituzionali da C. cost. 26.10.1981, n. 177 (*In FI*, 1982, I, 359), C. cost. 28.7.1988, n. 934 (*In GCost.*, 1988, I, 4351), C. cost. 25.7.1990, n. 378 (*In FI*, 1991, I, 2293), e C. cost. 7.4.2000, n. 9 (*In GCost.*, 2000, 67).

In base alla discrezionalità del legislatore in materia, è stata, tuttavia, ritenuta legittima la limitazione alla disponibilità di effettive prove scritte e la conseguente esclusione della mera affermazione del credito da parte di un creditore qualificato in funzione della pronuncia dell'ordinanza-ingiunzione *ex art.* 186-*ter* c.p.c. da C. cost. 5.7.1995, n. 295 (*In FI*, 1996, I, 458), C. cost. 4.12.2000, n. 545 (*In GCost.*, 2000, 4212), C. cost. 22.6.2004, n. 180 (*In FI*, 2004, I, 2656), e C. cost. 16.6.2005, n. 237 (*In GCost.*, 2005, 2063).

Ai sensi del novellato art. 499 c.p.c., gli imprenditori possono intervenire nel processo esecutivo per espropriazione in base ai registri contabili di cui all'art. 2214 c.c., ma la mancanza di una analoga previsione per altri creditori e per i lavoratori è stata ritenuta una scelta politica insindacabile da C. cost. 6.7.2011, n. 202 (*Ivi*, 2011, 2696).

Le misure coercitive, introdotte quale strumento generale e non più collegato a specifiche ipotesi dall'art. 614-*bis* c.p.c., non sono utilizzabili, per espressa previsione legislativa, nelle controversie di lavoro.

La decisione in epigrafe, nella parte in cui ha ritenuto sindacabile la discrezionalità del legislatore ordinario nel dettare norme processuali e, in particolare, nel regolamentare le spese di lite, apre nuovi orizzonti in relazione alla sindacabilità vuoi della previsione di modelli processuali deformalizzati, vuoi della individuazione dei soggetti che possono goderne o che debbano subirle.

Non mancano, peraltro, pur sporadici, precedenti in questo senso.

7. — *Il principio di uguaglianza nel processo* — Nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 665 c.p.c., C. cost. 14.6.1973, n. 94, non si è fermata alla discrezionalità del legislatore, ma ha richiamato l'istituto della condanna con riserva delle eccezioni: ha ritenuto ragionevole l'anticipazione della formazione di un titolo esecutivo a favore del locatore, perché questi dispone di una prova scritta del diritto al rilascio.

Con una decisione additiva quale quella che si commenta, C. cost. 4.5.1984, n. 137 (In *FI*, 1984, I, 1775), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 648 c.p.c. nella parte in cui escludeva la discrezionalità del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, se il creditore opposto avesse offerto cauzione.

In considerazione della assenza di rimedi contro l'uno e contro l'altro provvedimento, queste pronunce sono prive di rilevanza pratica. Esse indicano, tuttavia, un criterio di giudizio, pretermesso dalla prevalente giurisprudenza costituzionale.

In altre ipotesi, la Corte è entrata nel merito delle scelte processuali con pronunce espressamente additive.

C. cost. 28.11.1986, n. 250 (*Ivi*, 1987, I, 1), e C. cost. 6.6.1989, n. 317 (*Ivi*, 1989, I, 2388), hanno integrato le previsioni di cui all'art. 292 c.p.c., per quanto riguarda gli atti da notificare al contumace.

C. cost. 29.6.1995, n. 285 (*Ivi*, 1995, I, 2323), C. cost. 20.3.1998, n. 69 (*Ivi*, 1998, I, 1352), e C. cost. 18.6.2003, n. 211 (*Ivi*, 2003, I, 2217), hanno imposto l'osservanza dell'«ordine cronologico delle fatture» ovvero dei pagamenti quale presupposto per la impignorabilità dei crediti delle pubbliche amministrazioni.

In relazione alla terzietà e indipendenza del giudice, oggetto della Raccomandazione CM/Rec (2010) 12 (In <https://bit.ly/2KEcx7y>), il giudice delle leggi, con la decisione 15.10.1999, n. 387, non ha ritenuto necessaria l'estensione al processo civile della nozione di «incompatibilità» prevista dall'art. 34 c.p.p., ma, in base a una interpretazione estensiva dell'art. 51, n. 4, c.p.c., ha ritenuto «non arbitraria la diversa scelta di garantire la imparzialità-terzietà del giudice nel processo civile solo attraverso gli istituti dell'astensione e ricusazione» e, ancora, con una pronuncia interpretativa di rigetto, ma additiva, ha rinviato ai meccanismi tabellari.

In linea con questa decisione, il legislatore ha applicato la regola, prevista dall'art. 669-*terdecies*, c. 2, c.p.c. per il reclamo cautelare, alle opposizioni agli atti esecutivi, con l'art. 186-*bis* disp. att. c.p.c., nonché ai reclami contro i provvedimenti del giudice delegato al fallimento e ai giudizi da quest'ultimo autorizzati, con l'art. 25, c. 2, legge fallimentare.

Sennonché, le indicazioni di questa pronuncia e l'adesione a essa del legislatore sono state smentite da C. cost. 13.5.2015, n. 78, in relazione all'opposizione nel procedimento speciale per i licenziamenti di cui all'art. 1, c. 51, l. 28.6.2012, n. 92.

Appare, quindi, ragionevole dubitare che l'interpretazione estensiva dell'art. 51, n. 4, c.p.c. fornita dalla sentenza del 1999 costituisca un principio generale del quale gli artt. 669-*terdecies*, c. 2, c.p.c., 186-*bis* disp. att. c.p.c., e 25, c. 2, legge fallimentare, sono espressione, come pure era sembrato corretto auspicare.

La sequenza tra queste ultime pronunce indica il rischio insito nella decisione in epigrafe.

La positiva riappropriazione «di uno spazio di interpretazione adeguatrice in precedenza lasciato alla giurisprudenza comune» può non essere definitiva.

La speranza di applicare le regole del «giusto processo» alle frenetiche e talvolta contraddittorie riforme della disciplina processuale, aperta dalla pronuncia che si commenta, può essere frustrata da un recupero del *self-restraint* della Corte.

Questo rischio e questa speranza hanno determinato il *self-restraint* di questo commento, che non è entrato nel merito della decisione, né si è soffermato sulla distinzione tra pronunce di inammissibilità e interpretative di rigetto.

Affinché il rischio di un recupero del *self-restraint* della Corte possa essere scongiurato, è sembrato più importante orientare l'attenzione sulla possibilità che la Corte entri nel merito, con pronunce di accoglimento come quella in esame, sulla applicazione dei principi del giusto processo, che deve essere «regolato dalla legge» e deve garantire il «contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale», alle controversie attualmente affidate all'estro del giudicante.

Riferimenti bibliografici

- Costantino G. (2011), *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Rivista di diritto processuale*, 1073 ss.
- Costantino G. (2017a), *Sulla dichiarata non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c.*, in *RGL*, II, 167 ss.
- Costantino G. (2017b), *Ancora sulla dichiarata non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c.*, in *RGL*, II, 178 ss.
- Costantino G. (2017c), *Tutela dei diritti e regole del processo. Introduzione al XXXI congresso della Aispc*, in *Rivista di diritto processuale*, 1418 ss.
- Pani F. (2018), *Prime note per uno studio sul principio di legittimo affidamento nel diritto pubblico: una nuova frontiera per l'ipotesi di mutamenti giurisprudenziali imprevedibili?*, in *Rivista Aic-Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3, in <https://bit.ly/2Mud7e2>.
- Romboli R. (2017), *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale». Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista Aic-Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3, in <https://bit.ly/2PwDduE>.

- Sanlorenzo R. (2018), *La Corte costituzionale ed il regime delle spese di giudizio nel processo del lavoro*, in *Questione giustizia*, <https://bit.ly/2KGBsYp>, 1° maggio.
- Scarpelli F., Giaconi M. (2018), *Il costo della giustizia nel processo del lavoro. La compensazione delle spese legali dopo la Corte Costituzionale sull'art. 92 c.p.c.*, in *Lavoro diritti Europa*, in <https://bit.ly/2vR9bZt>, 23 maggio.

Giorgio Costantino
*Professore ordinario di Diritto processuale civile
presso l'Università di Roma «Roma 3»*

TRIBUNALE PRATO, 14.11.2017 – Est. Consani – U.G. (avv.ti Rusconi, Bassetti) c. Tre T Srl (avv.ti Fedi, Del Punta).

Controversie di lavoro e previdenza – Controlli sul lavoratore – Art. 4 St. lav. – Cronotachigrafo – Inutilizzabilità dei dati – Procedura codeterminativa – Obblighi informativi – Insussistenza del fatto contestato.

Controversie di lavoro e previdenza – Licenziamento individuale – Art. 18, c. 1, St. lav. – Inutilizzabilità dei dati – Insussistenza dei fatti posti alla base del licenziamento – Unicità del motivo illecito e determinante – Licenziamento ritorsivo.

Il datore di lavoro che abbia installato un cronotachigrafo sul mezzo di trasporto fornito al dipendente, in ottemperanza al codice della strada, non può utilizzare i dati raccolti da tale strumento se non ha posto in essere la procedura codeterminativa e rispettato l'obbligo informativo di cui all'art. 4, l. n. 300/1970, come modificato dal d.lgs. n. 151/2015. Di conseguenza, i dati così raccolti non possono essere utilizzati in giudizio per provare i fatti posti alla base del licenziamento. (1)

Se la sussistenza dei fatti posti alla base del licenziamento non è provata dal datore di lavoro, a causa dell'inutilizzabilità delle prove da questi addotte, allorché il lavoratore provi, viceversa, la sussistenza di un motivo ritorsivo determinante, quest'ultimo risulterà altresì unico, con la conseguenza che il lavoratore avrà diritto alla tutela prevista dall'art. 18, comma 1, l. n. 300, 1970, come modificato dalla l. n. 92/2012. (2)

(1-2) L'INUTILIZZABILITÀ DEI DATI RACCOLTI
IN VIOLAZIONE DELL'ART. 4 ST. LAV.

1. — La decisione in commento riguarda il licenziamento intimato a un autista, dipendente di una società privata, sia per aver cagionato incidenti alla guida del mezzo fornitogli, sia per aver effettuato numerose soste non autorizzate durante l'orario di lavoro: rese note, queste ultime, dal cronotachigrafo installato sul mezzo.

Nel caso di specie, la difesa del lavoratore sosteneva la ritorsività del licenziamento, rinvenendone i reali motivi in una testimonianza resa dal dipendente in senso sfavorevole al datore, e chiedeva le tutele previste dall'art. 18, comma 1, l. n. 300/1970, per come modificato dalla l. n. 92/2012 (applicabile *ratione temporis* ai fatti).

Rispetto agli incidenti, il giudice osserva che, sebbene fosse onere del datore di lavoro provare la colpa o negligenza del dipendente (Cass. 10.6.2009, n. 13369, in *DPL*, 2010, n. 11, 637 ss.; Cass. 20.9.2016, n. 18418), non solo egli aveva omesso di fornire tale prova, ma non aveva neppure contestato la dinamica dei sinistri, limitan-

dosi a riportarne i danni. Pertanto, il provvedimento disciplinare sarebbe stato adottato in risposta a eventi, forse addebitabili, ma in concreto non addebitati al lavoratore (sul licenziamento disciplinare, per tutti, Montuschi 1973).

Maggiormente meritevole di approfondimento (*infra*, par. 2) è il ragionamento del Tribunale sull'insussistenza delle soste non autorizzate: sebbene esse risultassero chiaramente dalle registrazioni del cronotachigrafo, i relativi dati sarebbero stati inutilizzabili, *ex art.* 4, l. n. 300/1970, come modificato dall'art. 23, d.lgs. n. 151/2015.

2. — Occorre premettere che il Codice della strada prevede l'installazione del cronotachigrafo come misura di sicurezza obbligatoria (art. 179, d.lgs. n. 285/1992). A prescindere dalla legittima (in quanto obbligatoria) installazione dello strumento, il giudice ha tuttavia ritenuto che il datore, per «utilizzarne legittimamente» i dati a fini disciplinari, avrebbe dovuto comunque porre in essere la procedura codeterminativa e fornire l'informazione preventiva previste dall'art. 4, l. n. 300/1970.

Similmente alla formulazione della norma precedente al *Jobs Act*, i dati dai quali può derivare indirettamente un controllo a distanza dei dipendenti (Cd. preterintenzionale: Romagnoli 1979) possono essere utilizzati unicamente per esigenze individuate dalla legge (organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro o – ipotesi aggiunta dal d.lgs. n. 151/2015 – di tutela del patrimonio aziendale) e solo ove sia stato raggiunto un accordo fra datore di lavoro e rappresentanti sindacali o, in mancanza, allorché il datore abbia ottenuto un'apposita autorizzazione dall'Ispettorato del lavoro (Comma 1; sulle modifiche apportate a tale procedura, vd. Villa 2016). Il rispetto di queste condizioni, così come del fatto «che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli», unitamente all'osservanza della disciplina posta a tutela della riservatezza (D.lgs. 30.6.2003, n. 196, oggi sostituito dal Regolamento Ue n. 2016/679, entrato in vigore il 25.5.2018: vd. Ogriseg 2016) consentono «l'utilizzabilità dei dati per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro» (Comma 3. Gli obblighi informativi e il rinvio al codice della *privacy* costituiscono una novità della riforma; tuttavia, sulla necessità di rispettare i requisiti dell'art. 4 per l'utilizzabilità dei dati anche in precedenza, vd. Zoli 2009; Bellavista 1995. Sul diritto alla riservatezza dei lavoratori *ante* riforma, Troisi 2013). Inoltre, il legislatore del *Jobs Act* ha previsto che, ove si tratti di strumenti adoperati dal lavoratore per rendere la prestazione (Comma 2), non occorre il rispetto delle condizioni del c. 1, ma solo degli obblighi previsti dal c. 3 (Sulla nuova disciplina, *ex multis*: Lambertucci 2015; Salimbeni 2015; Del Punta 2016; Marazza, 2016; Zoli 2016; Tullini, 2017).

Poiché il cronotachigrafo, dal quale può derivare un controllo a distanza dei lavoratori, non è uno strumento necessario per rendere la prestazione (Ingrao 2017), si conviene con la pronuncia in commento che l'utilizzabilità dei relativi dati per fini disciplinari è legata al rispetto della procedura codeterminativa, oltre che degli obblighi informativi (da rispettare, questi ultimi, a prescindere dalla natura dello strumento). Nel caso di specie, il datore non aveva fornito ai dipendenti alcuna informazione sulle modalità d'uso e di effettuazione dei controlli, e neppure aveva ottenuto l'autorizzazione amministrativa o raggiunto un accordo con i rappresentanti sindacali; il contratto collettivo applicato non ne conteneva esplicita menzione. Né, come osserva il giudice, l'installazione obbligatoria dei cronotachigrafi sottintendeva alcun accordo vali-

do ai sensi dell'art. 4. Pertanto, i dati sarebbero stati adoperabili unicamente per i fini previsti dal Codice della strada.

Più in generale, qualora il datore intenda usare, per scopi connessi al rapporto di lavoro, i dati registrati dal cronotachigrafo, dovrà far valere l'esistenza di una finalità legittima *ex art. 4*, comma 1, pervenire a un accordo con il sindacato od ottenere l'autorizzazione amministrativa – in virtù delle modalità e delle finalità di utilizzo concretamente prospettate –, e fornire un'adeguata e trasparente informazione preventiva su tali aspetti, in conformità al Regolamento Ue n. 2016/679. Peraltro, nel rispetto di quest'ultimo, richiamato dall'art. 4, l'utilizzo dei dati dovrà essere lecito, corretto, trasparente, adeguato e pertinente alle finalità prospettate (Carta 2018).

È vero che la giurisprudenza ha talvolta ritenuto che i limiti *ex art. 4* non trovasero applicazione allorché il controllo datoriale non fosse volto alla sorveglianza dell'attività lavorativa (Scopo vietato, ora come nella formulazione precedente: Lambertucci 2015; Salimbeni 2015; Del Punta 2016), ma alla difesa da illeciti, penali o civili, o alla tutela del patrimonio aziendale (Cd. controlli difensivi, a partire da Cass. 3.4.2002, n. 4746; vd. Falsone 2015). Ammesso e non concesso che tale ricostruzione sia condivisibile, e che l'uso del cronotachigrafo possa rilevare per la tutela del patrimonio aziendale, l'attuale art. 4 include quest'ultima nel c. 1, con ciò che ne consegue in termini di procedura codeterminativa. In ogni caso, quindi, il datore che installi il cronotachigrafo è tenuto a rispettare i vincoli posti dalla norma per utilizzare i dati per fini connessi al rapporto di lavoro.

3. — Infine, resta da domandarsi se si debba ritenere che i dati non adoperabili per i fini connessi al rapporto di lavoro non siano neppure in grado di provare in giudizio la sussistenza del fatto posto alla base del licenziamento.

In effetti, se il fatto non può essere provato mediante dati raccolti in violazione dell'art. 4, in assenza di altre ragioni giustificative e in virtù della prova fornita sul motivo ritorsivo, è possibile applicare la tutela prevista dall'art. 18, comma 1, l. n. 300/1970, per l'ipotesi del motivo illecito unico e determinante.

Come noto, il licenziamento ritorsivo, in quanto riconducibile all'ipotesi del motivo illecito unico e determinante *ex art. 1345 c.c.* (*Ex multis*, Cass. 5.4.2016, n. 6575, in *RGL*, 2016, II, 455 ss., con nota di Scarponi; Cass. 8.8.2011, n. 17097; *contra*, Cass. 3.12.2015, n. 24648; con una certa sovrapposizione fra licenziamento discriminatorio e nullo per motivo illecito vd. anche Cass. 9.7.2009, n. 16155. In dottrina, vd.: Carinci 2012; Calafà 2012; Lassandari 2012; Pasqualetto 2012; Barbera 2013; Ballestrero 2016; Bavaro, D'Onghia 2016; Donà 2016; Marinelli 2017a; *Id.* 2017b; Matarese 2017), comporta il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento integrale del danno *ex art. 18*, comma 1, l. n. 300/1970 (Secondo la dottrina maggioritaria, il motivo illecito unico e determinante deve ritenersi implicitamente incluso fra le ipotesi di nullità, con diritto alla reintegrazione, anche ai sensi della disciplina introdotta con il contratto a tutele crescenti *ex art. 2* del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23; vd. Marazza, 2015; Ballestrero 2016; Salvagni 2016; Buconi 2017; *contra*, Bellocchi 2018).

Nella pronuncia in esame, da un lato, il giudice ritiene provata l'esistenza di un motivo illecito determinante, in quanto dalle prove testimoniali risulterebbe in modo inequivocabile l'intento ritorsivo di «fare fuori» il dipendente al fine di «ripagare il

danno» subito nel giudizio precedente. Dall'altro, l'*unicità* dello stesso sarebbe desumibile, in assenza di altri motivi addotti, dalla mancata prova dei fatti posti alla base del licenziamento (Vd. Cass. 26.5.2015, n. 10834, in *ADL*, n. 4-5, II, 966 ss., con nota di Gramano; Cass. 9.3.2011, n. 5555, in *DPL*, 2013, n. 38, 2245 ss.; Cass. 16.2.2011, n. 3821, in *ADL*, 2011, n. 2, II, 399 ss., con nota di Ferruggia; Cass. 27.10.2010, n. 21967, in *RIDL*, 2012, n. 1, II, 86 ss., con nota di Pallini; vd. Gramano 2015).

Del resto, un rimedio identico risulterebbe applicabile anche a prescindere dall'esistenza di un motivo ritorsivo, ove si voglia ritenere che la violazione dell'art. 4 comporti la nullità del licenziamento per violazione di norma imperativa e che quindi rappresenti uno dei «casi di nullità previsti dalla legge», cui si riferisce il medesimo c. 1 dell'art. 18.

In ogni caso, si pone però il problema che il diritto processuale civile – diversamente da quello penale – non regola l'ammissibilità in giudizio delle prove acquisite in violazione di legge. In dottrina, sembra prevalente l'orientamento che tende a escludere l'ammissibilità delle cd. prove illecite (a prescindere dalla responsabilità del soggetto che abbia acquisito i dati in modo illecito), sebbene in giurisprudenza gli orientamenti non siano univoci (Taruffo 2012; Gamba 2016; T. Milano 27.7.2016, n. 9431; Cass. 1.10.2004, n. 19689, in *FI*, 2005, I, 3167).

In ambito lavoristico, la giurisprudenza sui controlli cd. difensivi, nel consentire l'utilizzabilità dei dati, riteneva che l'art. 4 non trovasse applicazione. Se ne deduce che, ove esso debba applicarsi, valga la regola dell'inutilizzabilità – per fini connessi al rapporto e quindi anche in giudizio – dei dati illegittimamente raccolti (Gamba 2016. Sull'inutilizzabilità della prova per violazione dell'art. 4 St. lav. vd.: Cass. 1.4.2012, n. 16622, in *LG*, 2013, n. 4, 383 ss., con nota di Baracco, Sitzia; Cass. 23.2.2010, n. 4375, in *LG*, 2010, n. 8, 805 ss., con nota di Dui; per un precedente relativo agli artt. 2 e 4 St. lav., vd. Cass. 9.6.1989, n. 2813, in *NGL*, 1989, 289 ss.). Il che può essere affermato a maggior ragione – pena lo «svuotamento» della disciplina sostanziale – a seguito della positivizzazione della regola sull'inutilizzabilità, deducibile *a contrario* dal c. 3 della norma.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2016), *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, n. 150, 243 ss.
- Bellavista A. (1995), *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino.
- Bellocchi P. (2018), *La nullità del licenziamento nel decreto legislativo n. 23/2015*, in *DRI*, n. 1, 145 ss.
- Buconi M.L. (2017), *I licenziamenti nulli nel passaggio dall'art. 18 St. lav. al «Jobs Act»*, in *Labor*, n. 1, 39 ss.
- Carinci M.T. (2016), *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*, in *RIDL*, n. 3, II, 720 ss.
- Carta C. (2018), *Limiti al potere di controllo sui lavoratori nell'uso di internet e dei servizi di comunicazione elettronica: per un diritto alla moderazione*, in *Labor*, n. 2, 173 ss.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, n. 1, I, 77 ss.

- Donà S. (2018), *Natura ritorsiva del recesso e contratto a tutele crescenti*, in *DRI*, n. 1, 258 ss.
- Falsone M. (2015), *L'infelice giurisprudenza in materia di controlli occulti e le prospettive del suo superamento*, in *RIDL*, n. 4, II, 990 ss.
- Gramano E. (2015), *Sull'accertamento della ritorsività del licenziamento*, in *ADL*, n. 4-5, II, 971 ss.
- Ingrao A. (2017), *Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs Act*, in *RIDL*, n. 1, II, 46 ss.
- Lambertucci P. (2016), *I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del cd. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione*, in *ADL*, n. 3, I, 514 ss.
- Marazza M. (2015), *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 236.
- Marinelli F. (2017a), *Ma il licenziamento ritorsivo è discriminatorio o per motivo illecito?*, in *RIDL*, n. 4, II, 735 ss.
- Marinelli F. (2017b), *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, Giuffrè.
- Matarese M. (2017), *Licenziamento ritorsivo: confermato il consolidato orientamento giurisprudenziale*, in *ADL*, n. 1, II, 231 ss.
- Montuschi L. (1973), *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Ogrisek C. (2016), *Il Regolamento Ue n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, in *Labour & Law Issues*, n. 2.
- Pasqualetto E. (2016), *La Cassazione completa la parabola dell'emancipazione del licenziamento discriminatorio dal licenziamento nullo per illiceità dei motivi*, in *ADL*, 2016, n. 6, II, 1229 ss.
- Romagnoli U. (1979), *Sub art. 4*, in Ghezzi G. et al., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna, 28 ss.
- Salimbeni M.T. (2015), *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *RIDL*, n. 4, I, 589 ss.
- Salvagni M. (2016), *Nel contratto a tutele crescenti il licenziamento ritorsivo rientra tra i casi di nullità suscettibili di reintegrazione*, in *RGL*, n. 4, II, 528 ss.
- Taruffo M. (2012), *La prova nel processo civile*, Giuffrè, Milano.
- Trojsi A. (2013), *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino.
- Tullini P. (a cura di) (2017), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017.
- Villa E. (2016), *Accordo sindacale e procedura amministrativa nei controlli a distanza dei lavoratori*, in *VTDL*, n. 1, 707 ss.
- Zoli C. (2009), *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, n. 4, I, 485 ss.
- Zoli C. (2016), *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970*, in *VTDL*, n. 1., 635 ss.

Cinzia Carta
Assegnista di ricerca presso l'Università di Bologna

SICUREZZA SOCIALE

CORTE DI GIUSTIZIA, 6.2.2018, C-359/16, Grande Sezione – Avv. Gen. H. Saugmandsgaard Øe – Ömer Altun e a. (avv.ti Van Bavel, Demuynck, Matthys, Alkis, Renette, Wytinck, Baeyens).

Distacco transnazionale – Regolamento (Cee) n. 1408/71 – Distacco non genuino – Frode – Applicazione del certificato E101 – Esclusione.

In caso di distacco transnazionale di lavoratori, i giudici del paese ospitante possono escludere l'applicazione del certificato di previdenza sociale emesso dal paese di origine, qualora emerga l'esistenza di una frode al fine di applicare ai lavoratori in distacco un regime previdenziale meno costoso rispetto a quello del paese in cui si svolge la prestazione. (1)

(1) CONTRASTO ALLA FRODE PREVIDENZIALE E PREVENZIONE
DEL DUMPING SOCIALE: UNA LEZIONE DA LUSSEMBURGO
IN TEMA DI DISTACCO TRANSNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Fenomenologia dei distacchi transnazionali: dal contenuto alla *governance* degli strumenti *antidumping*. — 2. La valorizzazione delle attività ispettive e di controllo a tutela della manodopera in distacco. — 3. La leale cooperazione tra Stati e l'interpretazione antielusiva del diritto eurounitario. — 4. Un caso di bilanciamento «bilanciato» tra libertà economiche e diritti sociali?

1. — *Fenomenologia dei distacchi transnazionali: dal contenuto alla governance degli strumenti antidumping* — La sentenza della Corte di Giustizia del 6.2.2018 (1), *Altun e a.*, che di seguito si commenta, rappresenta un paradigmatico cambio di approccio dei giudici di Lussemburgo per contrastare pratiche abusive in occasione di un distacco transnazionale. I fatti si riferiscono a un caso di distacco transnazionale effettuato attraverso una catena di subappalti da parte di un'impresa edile belga – Absa NV – che non aveva (quasi) personale e affidava le opere da eseguire in subappalto a imprese

(1) C. Giust. 6.2.2018, C-359/16, *Altun e a.*, ECLI: EU: C: 2018: 63.

bulgare che distaccavano, a loro volta, i lavoratori in Belgio presso l'Absa NV, senza denunciare la manodopera impiegata all'ente previdenziale belga in quanto i prestatori distaccati erano in possesso dei certificati E101 rilasciati dalle autorità bulgare e attestanti la regolarità dei rapporti di lavoro.

Il contrasto a pratiche elusive comportanti fenomeni di *dumping* sociale è un obiettivo da tempo presente nell'agenda politica dell'Unione europea (2), pur se questo tema continua a essere collegato all'esigenza di rifocalizzare le strategie europee in materia di mercato unico. Ciò non sorprende, poiché anche nell'ultimo sforzo di riscrittura delle norme in tema di distacco, contenuto nella Direttiva n. 2018/957/UE del 28.6.2018, che modifica la Direttiva n. 96/71/Ce (3), si conferma la scelta di non affrontare le questioni nell'ottica di un intervento in materia di politica sociale finalizzato all'integrazione dei sistemi nazionali e alla protezione dei diritti dei lavoratori, e come tale basato sull'art. 153 TfUE, poiché, come nelle direttive del 1996 e del 2014 (Direttiva n. 2014/67/UE: cd. Direttiva *enforcement*), anche nell'ultimo provvedimento le basi giuridiche restano gli articoli 53, par. 1, e 62 del TfUE. Persiste l'angusta prospettiva di stabilire soltanto regole che garantiscono la completa operatività del distacco all'interno del mercato unico (4), essendo irrilevante la finalità di armonizzare le norme di tutela del lavoro (5). Al contempo, dalla Direttiva *enforcement* del 2014 è in atto una stagione regolativa che tenta di declinare il contrasto al *dumping* sociale in caso di distacco non soltanto nell'ottica del *contenuto* dei diritti, ma anche nella prospettiva del *governo* dei medesimi, spostandosi l'attenzione sulle attività di monitoraggio. Un possibile mutamento di tecnica che, seppure difensiva, può rappresentare una sorta di Cavallo di Troia a garanzia dei lavoratori al di là degli incerti esiti del bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche.

Non è possibile, per ragioni di spazio, ripercorrere l'evoluzione della complessa relazione tra libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi all'interno dell'Unione europea e tutela dei diritti sociali fondamentali (6). Si può, tuttavia, partire dal suo esito, ossia dall'insoddisfacente quadro regolativo del diritto europeo derivato in materia di distacchi transnazionali (7) e dalla frustrazione causata dalla complessiva (non) applicazione delle tutele in favore dei lavoratori per effetto delle operazioni di bilanciamento tra libertà economiche fondamentali e diritti sociali da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea (8).

(2) Risoluzione del Parlamento europeo del 14.9.2016 sul *dumping* sociale nell'Unione europea, n. 2015/2255 (Ini). Cfr. Fuchs 2018, 3 ss.

(3) In relazione alla proposta della Commissione europea Com(2016)128, final, dell'8.3.2016, vd. Orlandini 2017a e Giubboni 2017b, 117.

(4) Parere del Comitato economico e sociale europeo, 2017/C 075/15 del 14.12.2016.

(5) Cfr. Carabelli 2007, 33.

(6) Cfr. Borelli 2008, 123 ss.; per un recupero della prospettiva solidaristica, vd. Sciarra 2018, 91; Giubboni 2012.

(7) Cfr. Giubboni 2017b, 97 ss.; Orlandini 2013a, 13 ss.; Orlandini 2013b, 637 ss.

(8) Il riferimento è alle note pronunce della Corte di Giustizia in cui è stata esclusa l'esistenza della parità di trattamento nell'ambito di un distacco transnazionale (C. Giust. 27.3.1990, C-113/89, *Rush Portuguesa Lda*, in *Racc.*, 1990, I-01417). Il test della non discriminatorietà del trattamento e della proporzionalità tra restrizione e interesse pubblico ha negli anni consentito ai giudici di Lussemburgo di legittimare interpretazioni restrittive della

Sul piano dei dati, le ultime stime a livello europeo confermano la crescita dei distacchi transnazionali, con un aumento del numero dei lavoratori distaccati pari al 69% fra il 2010 e il 2016 (9). Pur restando un fenomeno marginale (10), preoccupano il ritmo di crescita, l'alta concentrazione in alcuni settori (11) e le dinamiche del flusso della manodopera che interessa determinati paesi membri, spesso confinanti (12). La ricerca di correttivi alle regole vigenti dovrebbe tenere in conto queste due dimensioni (produttiva e geografica) dei distacchi, che diventano sempre più transfrontalieri e interessano settori peculiari tali da richiedere probabilmente rimedi *ad hoc*.

2. — *La valorizzazione delle attività ispettive e di controllo a tutela della manodopera in distacco* — Nella sentenza in commento – *Altun e a.* –, in linea di forte discontinuità con un precedente caso del 2017 – *A-Rosa Flussschiff GmbH* (13) –, i giudici di Lussemburgo paiono dare un'importante segnale di cambiamento nell'individuazione dei metodi di contrasto al *dumping* in caso di distacco transnazionale e, più in generale, in relazione all'impiego di criteri interpretativi del diritto europeo socialmente orientati. Il *casus belli* ruota intorno al valore della certificazione di regolarità previdenziale del personale in distacco emessa dall'autorità competente del paese in cui ha la sede il datore di lavoro distaccante. Sia nel previgente quadro di coordinamento dei regimi di sicurezza sociale di cui al Regolamento n. 1408/71/Cee e al collegato Regolamento applicativo 574/72/Cee, sia nell'attuale cornice regolativa del Regolamento n. 883/2004/Ce e del connesso Regolamento di attuazione n. 987/2009/Ce (14), in caso di distacco permane l'obbligo di rilasciare, da parte dell'istituzione competente dello Stato membro la cui legislazione rimane applicabile, un certificato nel quale si attesta che il lavoratore rimane soggetto a tale legislazione e fino a quale data (certificato E101 ai sensi dell'art. 11, par. 1, del previgente Regolamento del 1972, e certificato A1, di cui all'art. 19, par. 2, del nuovo Regolamento del 2009). In pratica, tale certificazione costituisce una presunzione di regolarità dell'iscrizione dei lavoratori interessati al regime previdenziale dello Stato membro in cui ha sede l'impresa datrice

Direttiva n. 96/71/Ce con particolare riferimento alla nozione di tariffe minime salariali da rispettare (C. Giust. 18.12.2007, C-341/05, *Laval*, punto 70, in *Racc.*, 2007, I-11767; C. Giust. 3.4.2008, C-346/06, *Rüffert*, in *Racc.*, 2008, I-01989; *Commissione c. Lussemburgo*, in *Racc.*, 2008, I-04323). Nonostante alcuni orientamenti più garantisti (C. Giust. 15.3.2001, C-165/98, *Mazzoleni*, in *Racc.*, 2001, I-02189; C. Giust. 12.2.2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiiliitto ry v Elektrobudowa Spolka Akcyjna-ESA*, ECLI: EU: C: 2015: 86), permangono numerose criticità.

(9) Parlamento europeo, in <http://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/society/20171012STO85930/lavoratori-distaccati-i-fatti-e-le-riforme-infografica>.

(10) Secondo le stime del Parlamento europeo, i lavoratori distaccati restano una minoranza nel mondo del lavoro, non arrivando a rappresentare l'1% dei lavoratori totali nell'Ue.

(11) L'edilizia (42%), l'industria manifatturiera (21,8%), la salute e i servizi sociali (13,5%) e la categoria più generica dei *business services* (10,3%); Dhéret, Ghimis 2016, 3.

(12) L'82,3% dei prestatori di lavoro distaccati si trova in 15 paesi, tra cui Germania, Francia e Belgio, che ospitano circa il 50% di tutti i lavoratori; vd., *supra*, i dati del Parlamento europeo, cit.

(13) C. Giust. 27.4.2017, C-620/15, *A-Rosa Flussschiff GmbH*, ECLI: EU: C: 2017: 309; sul punto, si veda il commento di Sgroi 2017, 646 ss.

(14) Vd. Orlandini 2017b, 655.

di lavoro. Si attesta, in questo modo, che i lavoratori distaccati restano assoggettati al regime previdenziale dello Stato membro di stabilimento. Poiché i lavoratori devono essere iscritti a un unico regime di sicurezza sociale, secondo le regole dei regolamenti sopra citati, tale attestazione comporta necessariamente che il regime dello Stato ospitante non possa trovare applicazione (15). Questo sistema ha lo scopo di agevolare la libera circolazione dei lavoratori e, al contempo, la libera prestazione di servizi (16), limitando l'iscrizione a un unico regime di sicurezza sociale e riducendo così gli oneri procedurali. I regolamenti, tuttavia, non hanno inteso legittimare un meccanismo semplicistico di deresponsabilizzazione dell'impresa dello Stato membro ospitante, poiché questo sistema rappresenta l'eccezione alla regola della parità di trattamento tra le persone che risiedono nel territorio di uno Stato membro e i cittadini di tale Stato (art. 3, par. 1, Regolamento n. 1408/71/Cee; art. 4, Regolamento n. 883/2004/Ce). Come è noto, infatti, accanto alla parità di trattamento, si fissa la regola secondo cui ai lavoratori soggetti a tale disciplina di coordinamento si applica la legislazione di un solo Stato membro accanto al principio per cui il lavoratore subordinato, che esercita un'attività lavorativa in altro Stato membro, soggiace alla legislazione di tale Stato (art. 11, par. 1 e par. 2, lett. a, Regolamento n. 883/2004/Ce; art. 13, par. 1 e par. 2, lett. a, Regolamento n. 1408/71/Cee) (17).

Parità di trattamento, unicità e territorialità della legislazione in materia di sicurezza sociale sono gli strumenti del coordinamento (e la garanzia dell'attuazione della libertà di circolazione delle persone) (18) a cui si consente di derogare in ipotesi precise, e tra queste il distacco transnazionale di manodopera, a condizione che la durata prevedibile del distacco non superi i ventiquattro mesi e che il prestatore non sia inviato in sostituzione di un'altra persona (art. 12, par. 1, Regolamento n. 883/2004/Ce; e in precedenza art. 14, par. 1, lett. a-i, Regolamento n. 1408/71/Cee).

A presidio della correttezza e della genuinità della deroga, i regolamenti hanno imposto un onere formale di certificazione della regolarità dell'iscrizione del lavoratore interessato al regime previdenziale dello Stato membro in cui ha sede l'impresa presso cui lavora. Su questo onere formale, apparentemente marginale rispetto alle questioni sostanziali concernenti i distacchi transnazionali, si basa la vicenda oggetto della sentenza in commento. I giudici di Lussemburgo hanno sempre offerto un'interpretazione angusta dell'efficacia di questa certificazione, considerata appunto vincolante per l'istituzione competente dello Stato membro in cui gli stessi lavoratori sono distaccati (19) fintantoché non venga revocata o invalidata dalle autorità dello Stato membro che l'anno rilasciata (20). Gli spazi di contestazione di quanto certificato dall'autorità

(15) C. Giust. 26.1.2006, C-2/05, *Herbosh Kiere*, in *Racc.*, 2006, I-01079, punto 21.

(16) C. Giust. *A-Rosa Flussschiff GmbH*, cit., punto 37; C. Giust. *Herbosh Kiere*, cit., punto 20.

(17) Cfr. Chiaromonte, Orlandini 2017, 3.

(18) Le disposizioni del Reg. n. 1408/71 devono essere interpretate alla luce dell'articolo 48 TfUE e della libera circolazione dei lavoratori, poiché i lavoratori migranti non devono perdere diritti a prestazioni di previdenza sociale per il fatto di aver esercitato il diritto alla libera circolazione riconosciuto dal Trattato (vd. C. Giust. 20.5.2008, C-352/06, *Bosmann*, in *Racc.*, 2008, I-03827, punto 29; C. Giust. 12.6.2012, C-611/10 e C-612/10, *Hudzinski e Waurzyniak*, EU: C: 2012: 339, punto 46).

(19) C. Giust. *Herbosh Kiere*, cit., punto 24.

(20) C. Giust. 30.3.2000, C-178/97, *Banks e a.*, in *Racc.*, 2000, I-02005, punto 47.

emittente sono sempre stati ridotti, prevalendo posizioni formalistiche che decretavano la non vincolatività di detta documentazione per gli altri Stati membri ospitanti solo in caso di erronea applicabilità del regolamento stesso (21). La Corte ha ritenuto la dichiarazione formale contenuta in queste certificazioni incontestabile e insuperabile (22) da parte di altro Stato membro che ne contesta la validità, pur in presenza di un parere contrario (nel senso della revoca del documento) reso dalla commissione amministrativa di conciliazione eventualmente attivata dagli Stati in caso di disaccordo ai sensi delle norme europee in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (23).

Il cambio di rotta nella sentenza annotata non passa inosservato, poiché prevale un'interpretazione che valorizza gli obblighi formali in funzione delle garanzie sostanziali dei lavoratori distaccati e non è depotenziato dalla successiva esegesi della Corte, che in una sentenza più recente, collegata alla vicenda in oggetto (24), ha affermato la contrarietà al diritto europeo delle norme belghe (*loi programme* del 27 dicembre 2012 in tema di frode previdenziale) che autorizzano la disapplicazione unilaterale dei certificati A1, al di fuori di un contenzioso giudiziale, da parte degli enti previdenziali in presenza di abusi accertati. Questo nuovo approccio si fonda sull'uso di due canoni ermeneutici in prospettiva socialmente orientata, ossia la leale cooperazione tra Stati e l'interpretazione delle norme europee in chiave antielusiva.

3. — *La leale cooperazione tra Stati e l'interpretazione antielusiva del diritto eurounitario* — Superando precedenti posizioni (25), i giudici sembrano propensi a declinare il principio di leale cooperazione anche in termini di fiducia reciproca (26) tra

(21) C. Giust. 9.9.2015, cause riunite C-72/14 e C-197/14, *T.A. Van Dick*, ECLI: EU: C: 2015: 564, punto 51. Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar, presentate il 4.3.2014 nella causa C. Giust. C-114/13, *Bouman* (ECLI: EU: C: 2014: 123), si differenziano i documenti amministrativi che certificano l'iscrizione ai regimi di sicurezza sociale dai documenti diretti a specificare gli eventi sopravvenuti utili per determinare i diritti derivanti dalla legislazione dello Stato membro ospitante. In questa seconda fattispecie, le autorità dello Stato membro ospitante restano libere di verificare gli elementi pertinenti, ivi compresi quelli confermati dall'autorità che ha rilasciato l'attestato (punti 32 e 33). In altra controversia, la Corte di Giustizia rinvia al giudice nazionale le necessarie conclusioni allorquando dai fatti dedotti si desume la non conformità di quanto certificato dall'autorità competente rispetto alle norme europee in materia di sicurezza sociale (C. Giust. 4.10.2012, C-115/11, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe*; ECLI: EU: C: 2012: 606, punto 51).

(22) C. Giust. *A-Rosa Flussschiff*, cit., punti 48 e 49.

(23) Nell'attuale Regolamento n. 883/2004 (art. 72; in precedenza, art. 80, Reg. n. 1408/71) viene istituita una commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza che, tra l'altro, è incaricata di trattare ogni questione amministrativa e interpretativa derivante dai Regolamenti n. 883/2004 e n. 987/2009. Il successivo art. 76, par. 6, del Regolamento n. 883/2004 dispone che, in assenza di una soluzione entro un termine ragionevole, le autorità interessate possono adire tale commissione al fine di conciliare i punti di vista. Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Saugmandsgaard Øe del 31.1.2018 – causa C. Giust. C-527/16, *Alpenrind e a.* –, si sostiene la natura non vincolante del procedimento davanti a tale commissione.

(24) C. Giust. 11.7.2018, C-356/15, *Commissione c. Regno del Belgio*, ECLI: EU: C: 2018: 555.

(25) C. Giust. *A-Rosa Flussschiff*, cit., punto 43.

(26) C. Giust. *Altun e a.*, cit., punto 40.

Stati, sicché all'istituzione competente che ha rilasciato il certificato E101, attestante la regolarità previdenziale dei lavoratori distaccati, compete l'obbligo di riconsiderare la correttezza del suddetto rilascio e di revocare, eventualmente, la documentazione se le autorità dello Stato membro ospitante manifestino riserve e dubbi in ordine all'esattezza delle informazioni ivi contenute, poiché non risultano verificate le condizioni prescritte dalle norme regolamentari in tema di distacco. Il principio di leale cooperazione ex art. 4, par. 3, TUE è il fondamento su cui si basa la vincolatività della certificazione in discussione, che ha lo scopo di evitare il rischio di decisioni contrastanti in relazione alla legislazione di sicurezza sociale applicabile e impedire le ipotesi di doppia copertura previdenziale (27). Come è accaduto anche in altri settori del diritto europeo, la leale cooperazione tra Stati, nel caso in commento, è intesa in senso ampio e come principio teleologicamente orientato, poiché il suo contenuto è determinato dagli obiettivi sottesi alle norme.

In materia fiscale, ad esempio, il meccanismo di cooperazione tra autorità tributarie è basato su regole finalizzate a instaurare la fiducia fra gli Stati permettendo una collaborazione efficace e rapida (Considerando 2, 6 e 8 della Direttiva n. 2011/16/UE). I meccanismi di cooperazione amministrativa (art. 1, par. 1, e art. 5 della Direttiva n. 2011/16/UE) devono essere interpretati nel senso che la verifica non deve limitarsi alla regolarità formale della richiesta di uno Stato, ma deve consentire all'autorità interpellata di assicurarsi che le informazioni domandate non siano prive di qualsiasi prevedibile pertinenza alla luce delle esigenze dell'indagine tributaria, presupponendo penetranti poteri di accertamento anche del giudice nazionale (28).

La cooperazione amministrativa assume, quindi, contorni meno ambigui, aspirando a essere concretamente un rimedio per prevenire la violazione delle regole dell'Unione a tutela dei cittadini europei.

Una simile interpretazione di questo principio pare perfettamente coerente con il quadro della Direttiva n. 2014/67/UE. Pur se nella Direttiva del 2014 si afferma la necessità che le formalità amministrative siano proporzionate e motivate da ragioni di interesse generale per evitare la lesione della libertà di prestazione di servizi (Considerando 23), si cerca di offrire una visione non solo formalistica degli obblighi imposti, laddove si stabilisce che l'autorità competente dello Stato ospitante può esaminare, anche in stretta cooperazione con lo Stato di stabilimento, gli elementi fattuali che caratterizzano la natura temporanea inerente alla nozione di distacco e alla condizione che il datore di lavoro sia effettivamente stabilito nello Stato membro di stabilimento (Considerando 8). Nel Capo III della Direttiva del 2014 prevale, invece, una concezione più riduttiva delle competenze in relazione ai vincoli di cooperazione amministrativa. Negli articoli 6 e 7, infatti, si sancisce il principio di mutua assistenza con riferimento all'obbligo di collaborazione tra Stati, ma si riduce tale attività al dovere di rispondere alle motivate richieste di informazioni da parte delle autorità competenti: la cooperazione pare intervenire quando c'è già una situazione patologica in corso, e non a scopo di prevenzione dei fenomeni elusivi (29).

(27) C. Giust. 3.3.2016, C-12/14, *Commissione c. Malta*, ECLI: EU: C: 2016: 135.

(28) C. Giust. 16.5.2017, C-682/15, *Berlioz Investment Fund Sa*, ECLI: EU: C: 2017: 373.

(29) La declinazione italiana di tali obblighi, invece, si arricchisce di una sfumatura prevenzionistica, poiché si stabilisce che la richiesta di informazione nell'ambito della cooperazio-

Lungi dal poter esaminare, per ragioni di spazio, le criticità applicative della Direttiva *enforcement* (30), va detto che la sentenza in commento può rappresentare un buon esempio di *mainstreaming* sociale e, dunque, un cambio di tecnica nella protezione dei diritti sociali e nel contrasto a pratiche di *dumping* in occasione di un distacco transnazionale. Senza affrontare il contenuto dei diritti garantiti ai lavoratori distaccati, la Corte di Giustizia prova ad aggirare l'ostacolo, puntando sui poteri di accertamento delle autorità competenti e dei giudici nazionali dello Stato membro ospitante affinché vi sia una corretta indagine sugli elementi fattuali che determinano la presenza di un distacco genuino. La leale cooperazione viene piegata all'esigenza di garantire un'applicazione delle regole europee in funzione antiabusiva. Questa ricostruzione è in armonia con il ruolo di primazia dello Stato ospitante assegnato dall'art. 7 della Direttiva n. 2014/67/UE, laddove si onerano le autorità di questo ultimo a effettuare le ispezioni, «solo eventualmente» in collaborazione con lo Stato di stabilimento (art. 7, par. 1). Allo stesso tempo, allo Stato ospitante compete il monitoraggio, il controllo e l'adozione delle misure di vigilanza ed esecutive a norma della Direttiva n. 96/71/Ce (art. 7, par. 3), anche se lo Stato di stabilimento presta assistenza per assicurare il rispetto delle disposizioni vigenti.

I giudici di Lussemburgo richiamano la necessità di applicare la direttiva sul coordinamento dei sistemi di sicurezza in funzione «antielusiva», poiché l'eccezione ai principi di parità di trattamento e territorialità della legislazione previdenziale in caso di distacco è subordinata all'esistenza di precise condizioni sancite dal diritto derivato e di cui si è detto sopra (vd. *supra*, par. 2), e che, nell'interpretazione della Corte di Giustizia, hanno poi trovato ulteriore specificazione, concretandosi nel mantenimento di un legame organico tra impresa distaccante e lavoratore in distacco e nell'esercizio abituale di attività significative nel territorio dove ha sede l'impresa distaccante (31).

Nel caso di specie, al contrario di altro precedente simile (32), nella domanda di pronuncia pregiudiziale, vertente sulla possibilità che un giudice nazionale possa annullare o ignorare un certificato E101 qualora i fatti sottoposti al suo giudizio consentano di stabilire che la documentazione è stata ottenuta in modo fraudolento, sono stati forniti elementi oggettivi e soggettivi utili per qualificare il comportamento dell'impresa distaccante come in frode alla legge, poiché l'Ispettorato belga aveva verificato che le imprese bulgare non avevano alcuna attività in Bulgaria o ne avevano di scarsa entità, configurandosi come imprese fantasma.

La leale cooperazione tra Stati, nel caso in commento, è stata violata da parte delle autorità bulgare che, investite della domanda di riesame e di revoca dei certificati contestati, hanno ignorato gli elementi emersi dalle indagini condotte dalle istituzioni belghe (33).

ne tra Stati non impedisce l'adozione di misure atte a prevenire possibili violazioni delle norme del decreto, ai sensi dell'art. 8, c. 8, d.lgs. n. 136 del 17.7.2016, con cui è stata attuata in Italia la Direttiva del 2014.

(30) Cfr.: Allamprese, Orlandini 2012, 1028; Bano 2015, 589; Pallini 2017, 485; Mattei 2017, 148; Lazzeroni 2017, 37.

(31) Cfr. C. Giust. 10.2.2000, C-202/97, *Fts*, in *Racc.*, 2000, I-00883.

(32) C. Giust., *A-Rosa Flussschiff*, cit.

(33) Cfr. punto 59 della sentenza *Altun e a.*

Se oramai da tempo la Corte di Giustizia utilizza l'*effet utile* per discostarsi dall'interpretazione letterale qualora non risulti conforme allo scopo delle direttive (34), allo stesso modo, l'argomento dell'abuso del diritto è stato utilizzato per punire le operazioni effettuate al fine di beneficiare fraudolentemente o abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto dell'Unione europea (35). Nel caso di specie, appare degna di nota la circostanza che l'abuso del diritto viene utilizzato non solo per condannare una condotta del singolo, o per colmare un vuoto o una lacuna nella norma in contestazione, ma viene adoperato per garantire altri effetti (indiretti) a tutela delle condizioni di lavoro del personale distaccato, fungendo, in questa versione, come canone di *social mainstreaming* finalizzato a salvaguardare i diritti dei soggetti coinvolti. In sintesi, ricorrendo elementi oggettivi e soggettivi attestanti l'elusione delle regole (sostanziali) sul distacco, gli obblighi procedurali (come la vincolatività della certificazione che attesta la regolarità previdenziale dei lavoratori in distacco) possono essere ignorati dal giudice nazionale dello Stato ospitante, che, senza temere violazioni del diritto europeo in materia di sicurezza sociale, può dispiegare le azioni per contrastare le condotte fraudolente.

Questo orientamento potrebbe contribuire a colmare le lacune nella regolamentazione dei distacchi transnazionali e, più in generale, nel bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche.

In primo luogo, si restituisce un ruolo decisivo all'azione delle istituzioni nazionali (ossia, nella vicenda in commento, le autorità ispettive e giurisdizionali), profondamente marginalizzate sia con riferimento agli attori sindacali nei noti casi del cd. *Laval Quartet* (36), sia in relazione al ruolo di una compagine di Governo e alla possibilità di inibire eventuali licenziamenti collettivi nella più recente controversia *Aget Iraklis* (37). La centralità dell'accertamento giudiziale è ribadita anche dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha sostenuto la contrarietà al diritto europeo delle norme belghe che autorizzano la disapplicazione unilaterale dei certificati A1, al di fuori di un contenzioso giudiziale, da parte degli enti previdenziali belgi in presenza di abusi accertati (38).

In secondo luogo, si compensa, sul piano dell'effettività della tutela, l'assenza nelle norme europee delle conseguenze sanzionatorie da applicare in caso di distacco non autentico, pur se sono stati compiuti rilevanti sforzi per definire garanzie procedurali e di monitoraggio al fine di contrastare fenomeni elusivi attraverso le disposizioni con-

(34) Cfr. Ratti 2017, 507.

(35) C. Giust. 2.5.1996, C-206/94, *Paletta*, in *Racc.*, 1996, I-02357, punto 24; C. Giust. 21.2.2006, C-255/02, *Halifax e a.*, in *Racc.*, 2006, I-01609, punto 68; C. Giust. 28.7.2016, C-423/15, *Kratzer*, EU: C: 2016: 604, punto 37; C. Giust. 22.11.2017, C-251/16, *Cussens e a.*, EU: C: 2017: 881, punto 27.

(36) C. Giust. 11.12.2007, C-438/05, *Viking*, in *Racc.*, 2007, I-10779, e le sentenze *Laval*, *Rüffert*, *Commissione c. Lussemburgo*. Tra i tanti: Ballestrero 2008, 371; Veneziani 2008, 147.

(37) C. Giust. 21.12.2016, C-201/15, *Aget Iraklis*, ECLI: EU: C: 2016: 972; *ex multis*, Ferrara 2017, 1111.

(38) C. Giust. 11.7.2018, C-356/15, *Commissione c. Regno del Belgio*, ECLI: EU: C: 2018: 555, punto 105.

tenute nei Capi II (39), III, IV (40), V (41), VI della direttiva del 2014, disposizioni che impongono agli Stati membri la fissazione di misure per garantire l'accesso alle informazioni, la cooperazione amministrativa, i sistemi di controllo, l'escussione transfrontaliera delle sanzioni e delle ammende. Da questa angolazione, il test dell'antielusività può servire anche ad anestetizzare i possibili esiti dei test di giustificatazza e proporzionalità a cui potrebbero essere soggette le eventuali norme nazionali, come quella italiana (42), in cui si prescrive un regime sanzionatorio particolarmente rigoroso, ossia la conversione *ex lege* dei rapporti di lavoro; sanzione che potrebbe essere interpretata come restrizione alla libertà di prestazione di servizi e di stabilimento, e dunque non legittima.

Infine, nella sentenza *Altun e a.* si avalla un'esegesi evolutiva anche della nozione di distacco non fraudolento. Come è noto, la Direttiva del 2014 ha indicato, pur se nell'ambito di una valutazione da farsi complessivamente (43), gli indici per determinare l'esistenza di un distacco genuino in relazione all'effettività dell'attività dell'impresa, che deve essere diversa da quella interna di gestione e di amministrazione (44), e all'auten-

(39) Si tratta di una vasta gamma di misure (art. 5) volte a facilitare l'accesso alle informazioni attraverso siti web nazionali o altri strumenti idonei, riguardanti, tra l'altro, l'indicazione chiara, dettagliata, comprensibile e accessibile, delle condizioni di lavoro che si applicano ai lavoratori distaccati e dei contratti collettivi.

(40) La portata degli obblighi sanciti da questo Capo è condizionata dal rispetto del principio di giustificazione e proporzionalità degli oneri amministrativi e delle misure per assicurare l'effettiva vigilanza sul rispetto degli obblighi delle Direttive del 2014 e del 1996 (art. 9, par. 1, Direttiva n. 2014/67/UE). Accanto a misure «amministrative» o «logistiche» (come, ad esempio, la tenuta di documenti contenenti informazioni circostanziate inerenti al distacco), si segnala la previsione di un obbligo, se necessario, a carico degli Stati di designare una persona di contatto che agisca per avviare una negoziazione collettiva all'interno dello Stato ospitante (art. 9, par. 1, lett. f, Direttiva n. 2014/67/UE; C. Giust. 12.2.2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, ECLI: EU: C: 2015: 86K). Per una lettura di questa norma in chiave di riconoscimento dei diritti di libertà e attività sindacale vd. Orlandini 2017a, 9.

(41) Di questo Capo fanno parte misure diverse, tra cui la possibilità di sancire regimi di responsabilità solidale nei casi di subcontratto a catena per effetto dei quali il contraente, di cui il datore di lavoro (prestatore di servizi) è un subcontraente diretto, possa essere ritenuto responsabile, in aggiunta o in luogo del datore di lavoro, a garanzia del pagamento delle retribuzioni corrispondenti alle tariffe minime salariali e/o contributive (art. 12, par. 1, Direttiva n. 2014/67/UE).

(42) Il decreto del 2016 ha stabilito la costituzione *ex lege* del rapporto in capo all'utilizzatore della manodopera in distacco nel caso di non genuinità del distacco transnazionale (art. 3, c. 4, d.lgs. n. 136/2016), in modo diverso da quanto sancito in tema di somministrazione di lavoro, appalto e distacco interno, laddove la costituzione del rapporto, in caso di interposizione illecita di manodopera, è rimessa all'azione del lavoratore (artt. 29 e 30, d.lgs. n. 276/2013, e art. 38, d.lgs. n. 81/2015). Parla di possibile incompatibilità tra il decreto del 2016 e la Direttiva del 2014 Mattei (2017, 154).

(43) Ai sensi dell'art. 4, par. 1, Direttiva n. 2014/67/UE, tali indici sono elementi per supportare le autorità competenti e intervengono come fattori indicativi, e non possono essere considerati isolatamente.

(44) Ai sensi del par. 2, dell'art. 4, lett. a-c, Direttiva n. 2014/67/UE, la genuinità del distacco può desumersi da diversi fattori: il luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale e amministrativa, utilizza uffici, paga imposte; il luogo in cui lavoratori sono assunti e da cui sono distaccati; la legge applicabile dall'impresa con i lavoratori e con i clienti; il luogo in cui l'im-

ticità del distacco (45). I giudici di Lussemburgo nella controversia *Altun e a.*, senza addentrarsi nella questione definitoria e di ponderazione di questi fattori, basano il proprio convincimento sulla considerazione di questi indici, traendo dall'attività ispettiva fatta dalle autorità belghe elementi sufficienti per ritenere ingiustificata la richiesta di revoca dei certificati E101 da parte delle autorità bulgare e pervenendo alla conclusione di consentire alle autorità dello Stato ospitante di ignorare detti certificati. La Corte, a prescindere dalla presenza di eventuali altri elementi, ha considerato non genuina questa triangolazione fittizia, esprimendo l'assoluto disvalore nei riguardi anche della catena di subappalti in distacco; fenomeno, questo ultimo, che non viene espressamente contemplato dalla Direttiva del 2014 nell'ambito degli indici di identificazione di un distacco fraudolento, rilevando solo sul piano della responsabilità solidale (46).

4. — *Un caso di bilanciamento «bilanciato» tra libertà economiche e diritti sociali?*

— La portata innovativa della sentenza si registra su diversi piani sia nell'ottica di un'interpretazione evolutiva delle norme della Direttiva del 2014, sia nella prospettiva dei criteri ermeneutici utilizzati dalla Corte di Lussemburgo, che esaltano la funzione antielusiva nell'applicazione del diritto sociale europeo come garanzia da assicurare a valle di qualsiasi test di giustificazione e proporzionalità di una misura nazionale che possa restringere le libertà economiche fondamentali. Un possibile mutamento di tecnica nell'interpretazione del diritto eurounitario per effetto del quale le finalità sociali sono tenute in considerazione in modo trasversale, in coerenza anche con altri segnali desumibili da recenti interventi.

Il riferimento è all'ultimo sforzo di codificazione *soft* (47) dei diritti e dei principi in materia sociale, contenuto nel cd. pilastro europeo dei diritti sociali, solennemente proclamato nel novembre 2017 dal Consiglio dell'Ue, dal Parlamento europeo e dalla Commissione durante il vertice sociale per l'occupazione equa e la crescita di Göteborg (48). L'operazione pare ispirata prevalentemente all'esigenza di accrescere la visibilità dei diritti che già formano l'*acquis* sociale dell'Unione nel solco di una strategia più di comunicazione che di programmazione politica e giuridica. Ad avviso di chi scrive, il futuro di questa possibile nuova narrativa del modello sociale europeo si fonda, accanto ai tradizionali strumenti di integrazione (49), anche sulla valorizzazione

presa esercita la propria attività economica principale, e in cui è occupato il personale amministrativo; il numero dei contratti eseguiti e/o l'ammontare del fatturato realizzato nello Stato di stabilimento.

(45) Ai sensi del par. 3 dell'art. 4, lett. *a-g*, Direttiva n. 2014/67/Ue, l'autenticità del distacco può essere ricavata dai seguenti indici: temporaneità del lavoro, data di inizio del distacco, svolgimento di attività lavorativa in altro Stato, rientro al lavoro nello Stato membro da cui è stato distaccato, natura dell'attività, spese di viaggio, vitto e alloggio a carico del datore di lavoro.

(46) Nel decreto n. 136/2016 non si rinviene la parola «appalti», ma solo la nozione di distacco; è a favore di una lettura estensiva Pallini 2017, 485.

(47) Così Giubboni 2017a, 954.

(48) Cfr. la proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali del 20.10.2017, n. 13129/17; in precedenza, Commissione europea Com(2017)250, final, del 26.4.2017; la Raccomandazione Ue n. 2017/761 della Commissione sul pilastro europeo dei diritti sociali del 26.4.2017.

(49) A oggi, al pilastro sono collegate la proposta di direttiva relativa al riequilibrio tra at-

ne della trasversalità delle azioni e sulla collegata attività di controllo. In una recente comunicazione (50), infatti, la Commissione sottolinea la necessità di rafforzare la suddetta attività di monitoraggio nell'ambito delle diverse politiche e azioni dell'Unione (tra cui, il semestre europeo per il coordinamento delle politiche, nel cui ultimo ciclo sono state considerate le priorità del pilastro europeo dei diritti sociali). Si consacra la tendenza ad applicare concretamente il *social and economic mainstreaming* come metodo di coordinamento tra le politiche economiche e sociali (51). Un mutamento della tecnica di programmazione politica e legislativa che potrà rispondere, anche se con ritardo, alle istanze di attuazione della clausola sociale orizzontale di cui all'art. 9 del TfUE.

Per quanto concerne il tema dei distacchi transnazionali, tuttavia, l'incognita maggiore resta la concreta operatività nei sistemi nazionali delle misure antielusive e delle strutture deputate a effettuare le ispezioni. Si tratta di un profilo che è condizionato da numerose variabili, tra cui le dinamiche nazionali di recepimento della Direttiva del 2014, anche alla luce della prassi amministrativa interna in tema di indici rilevatori di un distacco genuino (52), ma anche il governo e l'esecuzione delle attività di vigilanza in considerazione delle risorse e delle norme che dovrebbero assicurare il corretto adempimento degli obblighi di informazione (53), cooperazione e controllo (54).

tività professionale e vita familiare – Com(2017)253, final, del 26.4.2017; la proposta di direttiva su condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea – Com(2017)797, final, del 21.12.2017; la Raccomandazione del Consiglio del 15.3.2018, relativa a un quadro europeo per apprendistati efficaci e di qualità (2018/C 153/01).

(50) Commissione europea Com(2018)130, final, del 13.3.2018.

(51) Cfr. Ferrara 2013, 295 ss.

(52) Il decreto n. 136/2016 ricalca gli indici indicati dalla Direttiva del 2014; la successiva prassi amministrativa, oltre a chiarire le formalità documentali, il contenuto delle comunicazioni in caso di distacco e il relativo regime sanzionatorio (d.m. 10.8.2016; circolare Ispettorato nazionale del lavoro n. 3/2016; circolare Ispettorato nazionale del lavoro n. 1/2017), ha espressamente richiamato l'attenzione sulla necessità di verificare l'autenticità delle operazioni negoziali complesse in presenza di pluralità di soggetti economici (nota dell'Ispettorato nazionale del lavoro del 5.6.2017, n. 4833).

(53) Nell'ambito del d.lgs. n. 136/2016 assume notevole importanza l'attuazione del sistema Imi (*Internal Market Information*), messo a punto dalla Commissione europea con Regolamento n. 1024/2012/UE e finalizzato alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno, successivamente rinforzato dalla Comunicazione della Commissione europea del 21.2.2011, Com(2011)75, def. L'art. 8, c. 4, d.lgs. n. 136/2016, ha sancito che lo scambio di informazioni deve avvenire, nei casi urgenti, entro e non oltre due giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta ed entro il termine di venticinque giorni in tutti gli altri casi. Qualora sussistano obiettive difficoltà di rispondere alla richiesta di informazioni, il decreto del 2016 pare rimettere ambiguamente all'Ispettorato nazionale del lavoro il compito di trovare una soluzione (art. 8, c. 6), senza chiarire né la tempistica né la procedura, con il rischio di minare dalle fondamenta l'obbligo informativo.

(54) In Italia, ad esempio, l'incertezza potrebbe acuirsi a causa delle criticità nell'ambito dell'attuale cornice regolativa del sistema di vigilanza dopo il *Jobs Act* (d.lgs. n. 149 del 14.9.2015); riforma che, come è noto, è stata a costo zero, senza previsioni di risorse economiche, ma che dovrebbe comportare una rilevante attività di coordinamento di uomini e mezzi tra le diverse autorità di vigilanza.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A., Orlandini G. (2012), *La proposta di direttiva sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, in *LG*, n. 11, 1028 ss.
- Ballestrero M.V. (2008), *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *LD*, n. 2, 371 ss.
- Bano F. (2015), *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in *LD*, n. 4, 583 ss.
- Borelli S. (2008), *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *LD*, n. 1, 125 ss.
- Carabelli U. (2007), *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella Ce*, in *RGL*, I, 33 ss.
- Chiaromonte W., Orlandini G. (2017), *Art. 34*, in Mastroianni R. et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano.
- Dhéret C., Ghimis A. (2016), *The revision of the Posted Workers Directive: towards a sufficient policy adjustment?*, Discussion Paper, European Policy Center, in <http://www.epc.eu>, 20 aprile.
- Ferrara M.D. (2013), *L'integrazione europea attraverso il «social test»: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, in *RGL*, I, 295 ss.
- Ferrara M.D. (2017), *Diritto al lavoro e libertà di stabilimento: quale è il pilastro e quale il basamento?*, in *VTDL*, n. 4, 1111 ss.
- Fuchs M. (2018), *Posting. The legal panorama of European labor and social security law*, in *RIDL*, I, 3 ss.
- Giubboni S. (2009), *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, in *RDSS*, n. 2, 293 ss.
- Giubboni S. (2012), *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, il Mulino, Bologna.
- Giubboni S. (2017a), *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *QC*, n. 4, 953 ss.
- Giubboni S. (2017b), *Diritto del lavoro europeo una introduzione critica*, Cedam, Padova.
- Lazzeroni L. (2017), *Trasposti sovranazionali e diritti sociali: per una mobilità sostenibile*, in *LD*, n. 1, 37 ss.
- Mattei A. (2017), *La Direttiva enforcement n. 2014/67/UE e il recepimento nell'ordinamento italiano*, in *RGL*, I, 147 ss.
- Orlandini G. (2013a), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Orlandini G. (2013b), *Il distacco transnazionale*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esteralizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 637 ss.
- Orlandini G. (2017a), *Distacco transnazionale e dumping salariale nell'Unione europea*, in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini2-Relazione_Orlandini.pdf.
- Orlandini G. (2017b), *Libertà di circolazione e dimensione sociale europea: storia di un'integrazione mancata*, in *RDSS*, n. 4, 655 ss.
- Pallini M. (2017), *Gli appalti transnazionali: la disciplina italiana al vaglio di conformità con il diritto europeo*, in *RGL*, I, 485 ss.

- Ratti L. (2017), *L'argomento dell'effet utile nell'espansione del diritto del lavoro europeo*, in *DLRI*, n. 3, 497 ss.
- Ratti L. (2018), *Il pilastro europeo per i diritti sociali nel processo di rifondazione dell'Europa sociale*, in Chiaromonte W., Ferrara M.D. (a cura di), *Bisogni e tecniche di tutela giuslavoristica*, FrancoAngeli, Milano, 7 ss.
- Sciarra S. (2018), *Solidarity and Conflict European Social Law in Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Sgroi A. (2017), *L'efficacia vincolante del certificato E101 nei confronti dello Stato membro ove si reca il lavoratore distaccato e i poteri riconosciuti allo stesso dall'ordinamento europeo*, in *RGL*, II, 646 ss.
- Veneziani B. (2008), *La Corte di Giustizia e il trauma del Cavallo di Troia*, in *RGL*, 2008, II, 295 ss.

Maria Dolores Ferrara
*Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università di Trieste*

CORTE DI GIUSTIZIA, 20.12.2017, C-442/16, Quinta Sezione – Avv. Gen. Whatelet – Florea Gusa c. Minister for Social Protection e a.

Stranieri (lavoratori) – Cessazione di attività di lavoro autonomo – Disoccupazione involontaria – Conservazione dello status di lavoratore autonomo – Sussistenza.

L'art. 7, par. 3, della Direttiva n. 2004/38 dev'essere interpretato nel senso che mantiene lo status di lavoratore autonomo (e quindi il permesso di soggiorno) un cittadino di uno Stato membro che, dopo aver soggiornato regolarmente e aver esercitato un'attività di lavoro autonomo per oltre quattro anni in altro Stato membro, abbia cessato l'attività lavorativa per mancanza di lavoro debitamente comprovata causata da ragioni indipendenti dalla sua volontà e si sia registrato presso l'ufficio di collocamento competente di tale Stato membro come persona in cerca di occupazione. (1)

(1) DIRITTO DI SOGGIORNO E ACCESSO ALLA TUTELA
CONTRO LA DISOCCUPAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa: la fattispecie esaminata. — 1.2. I profili controversi della normativa europea e l'interpretazione della Corte di Giustizia Ue. — 1.3. I principi seguiti dalla Corte per estendere la libertà di circolazione. — 1.4. I limiti alla piena integrazione. — 2. La mancata universalizzazione della Naspi e della Discoll. — 2.1. Quale coordinamento tra normativa interna e comunitaria. — 3. Riflessioni conclusive.

1. — *Premessa: la fattispecie esaminata* — Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si esprime in ordine all'art. 7, lett. *b*, della Direttiva n. 2004/38/Ce, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in relazione al *Social Welfare Consolidation Act 2005* (legge generale sulla previdenza/protezione sociale) irlandese, che all'art. 139 istituisce, tra una serie di prestazioni di assistenza sociale, una indennità per le persone in cerca di occupazione.

Il giudizio della Corte di Giustizia nella fattispecie in commento origina dal caso di un cittadino rumeno che, trasferitosi in Irlanda, aveva svolto per oltre quattro anni attività autonoma di imbianchino, che poi non aveva più potuto proseguire a causa della mancanza di lavoro dovuta alla recessione economica.

Il lavoratore presentava domanda per ottenere l'indennità prevista per le persone in cerca di occupazione sulla base della citata normativa irlandese, che regola – fra l'altro – i principali istituti a protezione del lavoratore contro la disoccupazione. Esasperito infruttuosamente l'iter amministrativo, il lavoratore si rivolgeva, dunque, alla Alta

Corte irlandese, che negava il riconoscimento della prestazione adducendo che lo stesso avesse perso il diritto di soggiorno (1).

Tale circostanza veniva motivata dai giudici di primo grado sul presupposto che la normativa irlandese, sul punto, recepisce il dettato della Direttiva comunitaria n. 2004/38, che all'art. 7, rubricato «Diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi», al paragrafo 3, lettera *b*, specifica che il diritto di soggiorno nello Stato ospitante si mantiene nel caso in cui il cittadino Ue, «trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata dopo aver esercitato l'attività per oltre un anno, si è registrato presso l'ufficio competente per trovare un lavoro» (2).

In altri termini, per i giudici irlandesi il ricorrente non avrebbe conservato lo *status* di lavoratore autonomo per il paese ospitante, e quindi non avrebbe più soddisfatto le condizioni previste dalla direttiva sulla libera circolazione ai fini della concessione di un diritto di soggiorno, in quanto la richiamata disposizione troverebbe applicazione esclusivamente per chi abbia esercitato un'attività subordinata.

Il lavoratore proponeva appello avanti la *Court of Appeal*, che trasferiva gli atti alla Corte di Giustizia sottoponendo una serie di questioni pregiudiziali.

Prima di entrare nel vivo dell'analisi, giova ricordare che proprio la Direttiva n. 2004/38, con la sua emanazione, aveva superato i limiti fissati dalle precedenti direttive in materia di libera circolazione (3), ricalcando sostanzialmente la strada tracciata dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia (4), che da sempre ha avuto un ruolo fondamentale per l'integrazione europea. Benché, infatti, fino all'introduzione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non esistesse un catalogo comunitario dei diritti sociali direttamente vincolante, essi hanno trovato una loro collocazione proprio grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche se, più che alla tutela dei singoli diritti sociali, la stessa si è dimostrata attenta alla tutela delle garanzie

(1) Ai sensi dell'art. 246, paragrafo 5, *Social Welfare Consolidation Act 2005*, «una persona che non disponga del diritto di soggiornare nello Stato non può essere considerata abitualmente residente in tale Stato ai fini dell'applicazione della presente legge».

(2) La Direttiva n. 2004/38/Ce, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, distingue tra: un primo gruppo di cittadini, che possono stabilirsi liberamente per un periodo minimo di tre mesi nel territorio di uno Stato membro, con diritto a un trattamento equo, ma non ai servizi di assistenza sociale; un secondo gruppo, di cui fanno parte i migranti che risiedono per più di tre mesi nello Stato ospitante, che hanno un vero e proprio diritto di residenza, sempre che siano lavoratori, o abbiano sufficienti risorse di mantenimento, o siano studenti inquadrati in un programma di scambio, o familiari di una delle suddette categorie; vi è poi un terzo gruppo, rappresentato dai migranti che risiedono nello Stato membro per un periodo continuato, o per più di 5 anni, che acquistano il diritto di residenza permanente e sono di fatto equiparati ai cittadini nazionali.

(3) La direttiva, come noto, modifica il Regolamento (Cee) n. 1612/68 e abroga le Direttive n. 64/221/Cee, n. 68/360/Cee, n. 72/194/Cee, n. 73/148/Cee, n. 75/34/Cee, n. 75/35/Cee, n. 90/364/Cee, n. 90/365/Cee e n. 93/96/Ce, in *GU Ce*, 2004, L 158, 77, e rettifiche in *GU Ce*, 2004, L229, 35, e in *GU Ce*, 2005, L 197, 34.

(4) Ad esempio, con riferimento alla possibilità di libertà di circolazione anche per chi svolge un'attività lavorativa a tempo parziale, o per colui che svolga un semplice tirocinio preparatorio all'attività lavorativa, purché retribuito (C. Giust. 3.7.1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*, e C. Giust. 2.3.2004, C-138/02, *Collins*).

sociali dei cittadini migranti e delle merci, libere da vincoli di nazionalità e concorrenza tra Stati e da primitive forme di *dumping* sociale, all'interno del territorio dell'Unione (5).

Ancora una volta, con la sentenza in commento, la Corte del Lussemburgo si pone sullo stesso solco e, fornendo una interpretazione estensiva del concetto di «attività economica» contenuto nella citata direttiva, giunge a ritenere che sia possibile estendere il diritto alla prestazione di disoccupazione irlandese anche a un lavoratore migrante che aveva svolto attività autonoma.

L'importanza della pronuncia in questione sta nel compimento di un ulteriore passo avanti verso il diritto alla libertà di circolazione e soggiorno sul territorio dell'Europa per tutti i lavoratori comunitari, e rappresenta una spinta verso la realizzazione di un compiuto processo di universalizzazione delle tutele di protezione sociale.

Occorre dunque chiedersi se possa avere positive ripercussioni nei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri, compreso quello italiano, per l'estensione della tutela contro la disoccupazione a tutti i lavoratori in senso lato, e quindi anche in favore di ex lavoratori autonomi in cerca di lavoro subordinato.

1.2. — *I profili controversi della normativa europea e l'interpretazione della Corte di Giustizia Ue* — La prima questione pregiudiziale posta dal giudice del rinvio alla Corte di Giustizia verte sull'interpretazione dell'articolo 7, paragrafo 3, lettera *b*, della Direttiva n. 2004/38.

Occorre infatti chiarire se il suo dettato possa essere esteso pure all'ipotesi del cittadino di uno Stato membro che, dopo aver soggiornato regolarmente e aver esercitato un'attività in qualità di lavoratore autonomo in un altro Stato membro per circa quattro anni, cessata l'attività lavorativa per mancanza di lavoro causata da ragioni indipendenti dalla sua volontà e registrato presso l'ufficio di collocamento competente di tale Stato come persona in cerca di occupazione, mantenga lo *status* di lavoratore, e quindi il diritto non solo di continuare a soggiornare nello Stato membro ospitante (6), ma anche di percepire l'indennità.

L'articolo 7, al paragrafo 3, lett. *b*, riferendosi, infatti, alla ipotesi del cittadino dell'Unione che si trova in stato di «disoccupazione involontaria» dopo aver esercitato «un'attività» per oltre un anno, utilizza espressioni, trasfuse anche nella normativa irlandese, che sembrerebbero, *prima facie*, rivolgersi alla sola categoria dei lavoratori subordinati. Non vi è chi non veda, però, che in tal modo si genera una vistosa disparità di trattamento tra le persone che si trovano in uno stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata dopo aver esercitato un'attività subordinata per oltre un

(5) La *ratio* dell'intervento comunitario in materia sociale è da sempre stata quella di far convivere i diversi sistemi di *welfare* nazionale con la creazione del mercato comune, al fine di assicurare «la vitalità delle diverse tradizioni nazionali del diritto del lavoro e della sicurezza sociale compatibilmente con le esigenze di costruzione di uno spazio che esige la uniformazione delle condizioni di concorrenza delle imprese e il libero, uniforme dispiegarsi delle libertà economiche». Cfr. Giubboni 2009, 2.

(6) Ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera *a*, della stessa Direttiva, ha diritto di soggiorno nel territorio di uno Stato membro ospitante per un periodo superiore ai tre mesi ogni cittadino dell'Unione che sia un lavoratore subordinato o autonomo in tale Stato membro.

anno e il cittadino dell'Unione che si trovi nella medesima condizione, ma che abbia precedentemente svolto attività di lavoro autonomo.

Nell'avallare una interpretazione estensiva, la Corte di Giustizia svolge un'analisi esegetica della norma, sottolineando innanzitutto che l'espressione «disoccupazione involontaria» può essere correttamente riferita tanto a «una situazione d'inattività dovuta alla perdita involontaria di impiego subordinato», quanto a «uno stato di cessazione di un'attività professionale dovuto alla mancanza di lavoro per ragioni indipendenti dalla volontà della persona interessata».

La Corte compie, inoltre, un interessante confronto linguistico tra i diversi paesi dell'Unione in ordine alla locuzione «dopo aver esercitato un'attività», evidenziando che, se è vero che nella traduzione del testo in inglese e in francese (7) i termini utilizzati potrebbero far riferimento all'esercizio precedente di un'attività subordinata, va tuttavia considerato che altre versioni linguistiche della controversa disposizione utilizzano formulazioni più neutre (8).

Una tale interpretazione del concetto di «attività», estesa tanto al lavoro subordinato quanto a quello autonomo, si allinea con la *ratio* espansiva del raggio di applicazione dei beneficiari della libertà di circolazione protetta dall'art. 45 del TfUE (9); disposizione che sancisce il diritto alla libertà di circolazione sul territorio dell'Unione europea per tutti i lavoratori, senza specificare se il rapporto debba essere caratterizzato dal vincolo della subordinazione.

La scelta interpretativa della Corte va salutata favorevolmente, ma non si discosta, a ben guardare, dalla tutela apprestata dalla precedente giurisprudenza comunitaria in tema di libera circolazione, volta, in linea con il Trattato, a garantire i soggetti che esercitano una reale ed effettiva «attività» (10), tanto che era già stato osservato che i due tipi normativi, subordinato e autonomo, sotto il profilo della Direttiva n. 2004/38 e del Regolamento n. 883/2004, potevano ormai considerarsi assimilati (11).

La nozione di lavoratore subordinato non può essere intesa a livello europeo al pari di come viene intesa nell'ordinamento interno, e neppure in senso restrittivo (12), in

(7) La Corte di Giustizia fa riferimento alla versione in lingua inglese (*after having been employed*) e francese (*après avoir été employé*) dell'articolo 7, paragrafo 3, lettera *b*, della Direttiva n. 2004/38.

(8) In particolare, come fa notare la Corte di Giustizia, la versione in lingua greca usa l'espressione *επαγγελματική δραστηριότητα*, riferendosi all'esercizio di un'«attività professionale», la versione in lingua italiana utilizza i termini «aver esercitato un'attività», che rimandano all'esercizio di un'attività, e la versione in lingua lettone contiene i termini *ir bijis(-usi) nodarbināts(-a)*, che riguardano in modo generale le persone che hanno «lavorato».

(9) Il lavoratore subordinato, ai fini dell'art. 45 del TfUE (*ex art. 39 Ce*), è chiunque presti attività reali ed effettive nell'ambito di un rapporto la cui caratteristica distintiva è data dalla circostanza che la persona interessata fornisca per un certo tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione.

(10) Borelli (2009, 225 ss.) che riporta C. Giust. 7.9.2004, C-456/02, *Trojani*, punto 24, e specifica, rifacendosi a C. Giust. 13.1.2004, C-256/01, *Allonby*, punto 68, che la distinzione tra lavoro autonomo e subordinato rileva semmai ai fini dell'applicazione dell'art. 141 del Trattato Ce (oggi art. 157 TfUE).

(11) Cfr. Giubboni 2017, 138.

(12) Il principio è confermato dalla stessa C. Giust. 21.2.2013, *L.N. c. Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte*, C-46/12, ove, al punto 39, evidenzia che, «se-

quanto l'ordinamento eurounitario elabora la nozione ai fini della sua effettiva partecipazione nel mercato interno, al pari di altri agenti economici, e non ai fini della disciplina protettiva del lavoratore nel rapporto di lavoro (13).

I confini della tutela del lavoro subordinato, come emerge anche dalla lettura della precedente giurisprudenza della Corte (14), rilevano non tanto rispetto alle attività di lavoro autonomo, quanto risultano limitati nei confronti di quei lavoratori che svolgono attività che, per essere del tutto marginali e accessorie, debbono ritenersi *tout court* escluse dal mercato del lavoro (15).

Così come risultano limitate le garanzie in tema di libera circolazione per le persone in cerca di primo impiego nello Stato ospitante, in quanto non possono ottenere il diritto di soggiorno (16), al contrario di chi ha già svolto un'attività lavorativa nello Stato membro diverso da quello di origine.

1.3. — *I principi seguiti dalla Corte per estendere la libertà di circolazione* — Il percorso argomentativo seguito dai giudici della Corte si sviluppa poi attraverso richiami a principi e diritti fondamentali dell'Unione europea.

Dapprima la Corte, riferendosi alla precedente giurisprudenza (17), invoca il principio di uniformità del diritto chiarendo che qualora si rinvenga difformità tra disposizioni l'interpretazione da dare è quella che risponde all'economia generale e alla finalità della normativa. Nel caso di specie è stato evidenziato che lo scopo della normativa è di definire le modalità d'esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri da parte dei cittadini dell'Unione, superando l'approccio settoriale e frammentario che caratterizzava gli strumenti del diritto dell'Unione anteriori alla Direttiva n. 2004/38 (18).

L'ulteriore profilo preso in considerazione dalla Corte per giungere alla sua conclusione è stato quello di garantire il rispetto dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento che compaiono nei Trattati sin dalle origini, ma che si sono gradualmente aperti a situazioni soggettive proprio grazie al contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia consentendo il lento e regolare procedere dell'integrazione europea (19).

condo una giurisprudenza costante, la nozione di "lavoratore", in forza dell'articolo 45 TfUE, riveste una portata autonoma propria del diritto dell'Unione e non deve essere interpretata in modo restrittivo». Cfr., altresì, Borzaga 2004, 683 ss.

(13) Cfr. Giubboni 2017, 122 ss.

(14) Cfr. C. Giust. 3.7.1986, C-66/85, *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, poi confermata, ad esempio, nelle sentenze C. Giust. 8.6.1999, C-337/97, *C.P.M. Meeusen c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, e C. Giust. 6.11.2003, C-413/01, *Franca Ninni-Orasche c. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*.

(15) Affronta il tema Giubboni (2017, 138), evidenziando in particolare le problematiche relative alle differenze di regime giuridico tra persone attive e inattive.

(16) Lo Stato ospitante deve però concedere un periodo di tempo ragionevole a chi si trasferisce in uno Stato membro per dedicarsi alla ricerca di un posto di lavoro: C. Giust. 26.5.1993, C-171/91, *Tsiotras*.

(17) Il riferimento è a C. Giust. 10.3.2016, *Alo e Osso*, C-443/14 e C-444/14, punto 27 e giurisprudenza ivi citata.

(18) Così si esprime C. Giust. 19.6.2014, *Saint Prix*, C-507/12, punto 25.

(19) Cfr. Arrigo 2018, 461.

La Corte ha più volte affermato che il divieto di discriminazione è una specifica espressione del principio generale di uguaglianza, parte dei principi fondamentali del diritto comunitario, radicato nelle fonti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Esso impone di non trattare in modo diverso fattispecie di fatto uguali e di non trattare un soggetto in modo tale da recargli effetti vantaggiosi, a meno che una diversità di trattamento non sia obiettivamente giustificata da una finalità legittima comunque adeguata e necessaria a proseguire tali finalità (20).

Nel caso di specie, applicando i principi menzionati, la Corte di Giustizia supera la distinzione tra lavoratori autonomi e subordinati, optando per il mantenimento dello *status* di lavoratore e conseguentemente considerando soddisfatto il requisito del diritto di soggiorno richiesto dalla direttiva e dalla legge irlandese del 2005 per entrambe le categorie di lavoratori qualora abbiano cessato di esercitare la loro attività professionale per circostanze a loro non imputabili, ampliando quindi le garanzie dei cittadini migranti.

Sotto questo profilo, la sentenza si pone in linea con l'evoluzione della nozione di lavoratore e soprattutto con quella di lavoro subordinato, in favore di una accezione flessibile e comprensiva di rapporti lavorativi prima esclusi dalla sfera di applicazione dell'art. 45 TfUE. Per i cittadini dell'Unione, infatti, circolare liberamente implica anche permanere sul territorio dello Stato membro ospitante a conclusione del rapporto di lavoro, beneficiando della protezione sociale, a patto di dare dimostrazione di un comportamento attivo nel mercato del lavoro.

1.4. — *I limiti alla piena integrazione* — Il quadro normativo in materia di libertà di circolazione di soggiorno dei cittadini europei si presenta invece lacunoso, come sopra accennato, con riferimento a coloro che non sono economicamente attivi.

La problematicità emerge, in particolare, nelle altre due questioni pregiudiziali che sono state poste dal giudice del rinvio all'attenzione della Corte: una attinente alla possibilità di vedersi riconosciuto il diritto di soggiorno sulla base di altre disposizioni del diritto dell'Unione sebbene l'ex lavoratore non disponesse né di risorse sufficienti né di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi (requisiti, questi, richiesti dall'art. 7 della Direttiva n. 2004/38 per poter continuare a soggiornare) (21), e un'altra più interessante in quanto volta a superare il requisito del diritto di soggiorno per la concessione dell'indennità attraverso il richiamo al Regolamento n. 883/2004 (22), relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

Premesso, infatti, che il Regolamento si applica «a tutte le legislazioni relative ai settori di sicurezza sociale» riguardanti, tra le altre, anche le «prestazioni di disoccupa-

(20) C. Giust. 22.11.2005, *Mangold*, C-144/04.

(21) La subordinazione del diritto di soggiorno a risorse economicamente sufficienti è preordinata a scongiurare l'ipotesi che i cittadini europei «inattivi» divengano un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato ospitante. Al riguardo è stato affermato che il diritto di circolazione e soggiorno del cittadino comunitario è così affievolito da poter non essere considerato un vero proprio «diritto». Cfr. Celotto, 60.

(22) Il Regolamento n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, in *GU CE*, L 200, 7.6.2004, definisce il concetto di «assistenza sociale».

zione» e posto che l'indennità richiesta rappresenta una «prestazione speciale in denaro di carattere non contributivo», soggetta, pertanto, a un criterio di «residenza» nello Stato membro ospitante, il quale si fa carico delle relative spese (*ex art. 70 par. 4, Regolamento n. 883/2004*) (23), si domanda alla Corte se il diniego della corresponsione dell'indennità a causa della mancata prova del diritto di soggiorno possa essere legittimo anche ai sensi dell'articolo 4 («Parità di trattamento»).

Si tratta di un passaggio che mette in luce il difficile coordinamento tra la direttiva, che richiede il requisito del diritto di soggiorno per avere accesso alle prestazioni, e il Regolamento, che invece tende a garantire la libera circolazione ai lavoratori e ai cittadini economicamente inattivi.

La Corte di Giustizia, nella decisione in commento, non affronta le suddette problematiche, in quanto risolve il caso arrestandosi alla prima questione pregiudiziale, ma indirettamente sembra rispondere alla terza questione nel passaggio in cui esclude che «una persona che ha esercitato un'attività autonoma per oltre un anno nello Stato membro ospitante e che ha contribuito al sistema sociale e fiscale di tale Stato ospitante pagando tasse, imposte e altri oneri che gravano sul reddito» possa essere trattata alla stregua di chi è alla ricerca di un primo impiego nello Stato membro, che «non ha mai esercitato un'attività economica in quest'ultimo e non ha mai versato contributi previdenziali a tale sistema». La Corte, così intercalando, utilizza come un *boomerang* il principio di non discriminazione e di parità di trattamento, che poco prima aveva invocato per assimilare le due categorie di lavoratori, riconfermando il suo ultimo filone giurisprudenziale (24) ormai proiettato a negare l'accesso ai sistemi assistenziali degli Stati membri (nel caso di specie, irlandese) ai cittadini economicamente più deboli (25).

Benché nel caso in commento ci si ritrovi dunque di fronte a una estensione dei diritti dei migranti, ancora una volta la Corte di Giustizia sembra non smentire il suo tradizionale approccio mercantilistico e ambivalente: da un lato, avanzato quando si tratta di affermare principi generali dell'Unione trasfusi ormai nella Carta dei diritti fondamentali o i diritti civili più tradizionali; dall'altro, molto più prudente quando si trova a dover affrontare situazioni relative a diritti sociali.

(23) Ai sensi dell'art. 1, lett. *j*, del Regolamento, la residenza è «il luogo in cui una persona risiede abitualmente», e assurge a criterio per determinare l'ambito d'applicazione *ratione personae* di siffatte prestazioni.

(24) Cfr. le sentenze *Brey* (C-140/12, del 19.9.2013), *Dano* (C-333/13, del 11.11.2014), *Alimanovic* (C-67/14, del 15.9.2015), in contrapposizione con il precedente orientamento più inclusivo mantenuto fino alla sentenza *Wippel* (C-313/02, del 12.5.1998). Detta giurisprudenza suggerisce che l'accesso alle prestazioni per i cittadini economicamente inattivi nello Stato membro ospitante vada subordinato, tra l'altro, alla titolarità di un diritto di soggiorno legale.

(25) La Commissione europea, sulla base della giurisprudenza della C. Giust., per motivi di chiarezza, trasparenza e certezza del diritto ha proposto una modifica del Regolamento n. 883/2004, Com(2016)815, final, del 13.12.2016, incidendo proprio sull'art. 4, prospettando la possibilità per gli Stati membri di decidere di non concedere talune prestazioni di sicurezza sociale ai cittadini migranti economicamente inattivi. In altri termini, chi non lavora né cerca attivamente un lavoro ha un diritto di soggiorno legale ai sensi della Direttiva n. 2004/38 solo se dispone di mezzi di sostentamento e di una copertura sanitaria completa. Sul tema, cfr. Giubboni 2017, 140.

Conferma, pertanto, il suo consolidato orientamento volto a garantire la libera circolazione della «forza lavoro» nel mercato interno, più che una generalizzata tutela protettiva della persona, tendendo a escludere coloro che vengono considerati economicamente «inattivi» e destinati a gravare sui sistemi assistenziali degli Stati membri. L'effetto è dunque la mancata valorizzazione dello *status* di cittadino europeo, con la connessa non applicazione del principio di parità di trattamento *ex art.* 18 TfUE anche nell'accesso alla protezione sociale, alludendo a un modello di solidarietà sociale selettivo.

2. — *La mancata universalizzazione della Naspi e della Dis-coll* — La sentenza in commento offre lo spunto per compiere riflessioni anche in ordine alla disciplina legislativa del trattamento economico riconosciuto a tutela delle situazioni di disoccupazione, sia per italiani che per stranieri, che nel nostro ordinamento è denominato Nuova assicurazione sociale per l'impiego (cd. Naspi) ed è contenuta nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22.

La Naspi offre una tutela circoscritta e ancora lontana dall'essere applicata a tutte le categorie di lavoratori, benché il tema della universalizzazione delle tutele contro la disoccupazione nel nostro paese sia un *refrain* che accompagna gran parte dei provvedimenti normativi adottati in materia tra la metà degli anni novanta fino ai primi due decenni del nuovo secolo (26).

Il carattere universale della Naspi sembra essere smentito non solo dal fatto che ne sono del tutto esclusi coloro che sono in cerca di prima occupazione, ma anche dal fatto che la prestazione resta legata alla sussistenza dello stato di disoccupazione involontaria del lavoratore subordinato, nonché dalla perdurante richiesta di requisiti contributivi e reddituali (27).

Nella prospettiva di un avvicinamento delle tutele del lavoro subordinato è stata prevista una indennità di disoccupazione mensile denominata Dis-coll (28), per i lavoratori con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, che ricalca la logica assicurativa della Naspi, differenziandosene tuttavia in senso peggiorativo per requisiti di accesso e durata delle prestazioni (29). Il trattamento, inizialmente riservato ai collaboratori disoccupati, è stato rivisto in un'ottica più inclusiva, tanto che ora è esteso anche agli assegnisti e ai dottorandi di ricerca con borsa di studio in relazione agli eventi di disoccupazione verificatisi a decorrere dal 1° luglio 2017 (30).

Per quanto concerne la disciplina specifica del contratto di lavoro autonomo, benché recentemente riformata dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (31), la stessa non contiene alcuna previsione specifica sul trattamento di disoccupazione per il lavoratore au-

(26) Cinelli 2016, 25; Di Stasi 2013, 151 ss.

(27) Renga 2015, 79.

(28) L'istituto, introdotto dapprima in via sperimentale, è stato più volte prorogato e rimaneggiato. Da ultimo, la l. 22 maggio 2017, n. 81, ha aggiunto gli artt. 15-*bis*, *ter* e *quater* nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22.

(29) D'Onghia 2017, 179.

(30) La misura, tuttavia, appare tuttora modesta e non assimilabile a uno schema di effettiva tutela assicurativa per la disoccupazione. Per un approfondimento, Garbuio 2017, 153.

(31) Perulli 2017, 173; Giubboni 2016, 245; Miscione 2015, 867.

tonomo. Sul tema, inoltre, non sono rinvenibili precedenti giurisprudenziali specifici, tantomeno con riferimento alla Naspi, la cui disciplina normativa è piuttosto recente.

La prassi amministrativa è intervenuta a disciplinare alcuni aspetti problematici, fornendo precisazioni in ordine alla compatibilità della Naspi con i redditi derivanti da attività professionale esercitata da liberi professionisti iscritti a specifiche casse (32), ma si tratta di una ipotesi molto diversa rispetto a quella di estendere la prestazione di disoccupazione a tale categoria di soggetti.

2.1. — *Quale coordinamento tra normativa interna e comunitaria* — Le prestazioni assicurate dal sistema della sicurezza sociale se, da un lato, garantiscono alla persona un sostegno a fronte di determinati eventi che influiscano negativamente sulla capacità di lavoro o di guadagno, dall'altro, sono anche volte a rispondere alle flessioni negative della domanda interna provocate dalla perdita di reddito che i beneficiari delle prestazioni normalmente subiscono. La preoccupazione di non frustrare tale ultima esigenza, consentendo l'esportazione all'estero delle prestazioni riconosciute dal nostro ordinamento, ha portato a problemi di coordinamento fra normativa interna e normativa comunitaria (33).

Nel caso del trattamento di disoccupazione, è sufficiente confrontare il dato letterale per cogliere l'assenza di un raccordo del nostro ordinamento con la disciplina comunitaria, in quanto mentre in base a quanto stabilito dal Regolamento n. 883/2004 è consentito il mantenimento delle prestazioni di disoccupazione maturate in uno Stato membro, fino a tre mesi, se la persona cerchi lavoro all'estero, senza ulteriori adempimenti, nel caso della Naspi è previsto il rispetto del cd. «patto di servizio», che impone di prendere parte in maniera attiva alle misure predisposte dal Centro per l'impiego.

Il coordinamento tra la normativa italiana della condizionalità per il perdurare della legittimazione alla protezione prevista dal d.lgs. n. 150/2015 (34) e la normativa comunitaria è stato agevolato dapprima dalla giurisprudenza di legittimità (35) — che ha ancorato la perdita del diritto non a un generico allontanamento all'estero,

(32) Ai sensi della circolare Inps n. 174/2017, l'iscrizione ad albi professionali del beneficiario di prestazione di disoccupazione o la semplice apertura di una partita Iva non sarebbero da sole sufficienti a far sopporre lo svolgimento di attività di lavoro autonomo. Se invece l'interessato non ha provveduto a comunicare l'avvio dell'attività con indicazione del relativo reddito, si produrrà la decadenza dalla prestazione.

(33) Tra i paesi aderenti all'Ue non si rinviene un regime comune di sicurezza sociale, ma la disciplina comunitaria prevede espressamente una tutela per i lavoratori che si spostano da uno Stato a un altro, e che quindi sono soggetti a discipline diverse. Cfr. Torsello 2008, 58.

(34) Nel campo della cosiddetta «condizionalità» si esercitano, da un lato, una rafforzata pressione sul disoccupato affinché trovi/accetti una occupazione — in termini coordinati con il decrescere dell'ammontare della tutela — e, dall'altro, le complesse attività amministrative che vanno sotto il titolo di «politiche attive». Così Balandi 2017, 519 ss. Tra i contributi in materia di politica attiva vd. Canavesi 2015, 247 ss.

(35) Cass. 10.7.2017, n. 16997, in *MGC*, 2017, e, da ultimo, Cass. 7.2.2018, n. 2967, in *Dejure*, 2018. Anche la Corte costituzionale, in più occasioni (vd. sentenze n. 160/1974 e n. 132/1991), ha precisato che il diritto al trattamento di disoccupazione ordinaria è collegato soltanto all'osservanza del comportamento attivo prescritto dall'ordinamento a chi ne è beneficiario.

bensì all'inosservanza degli specifici comportamenti attivi imposti dal legislatore al fine di controllare la permanenza dello stato di disoccupazione –, e poi in sede amministrativa (36).

Sul presupposto che i contenuti di stringente condizionalità comportanti la decadenza o la riduzione della prestazione previsti agli artt. 20 e 21 del d.lgs. n. 150/2015 (37) sono di per sé considerati idonei a «impedire un allontanamento per periodi di lunga durata», si è scelto operativamente di mitigare in parte il rigore previsto dalla normativa nazionale, dando applicazione, in caso di ricerca di una occupazione in un altro Stato membro, allo speciale regime di sicurezza sociale delineato dal Regolamento n. 883/2004.

Ne consegue che, se il cittadino italiano o dell'Unione europea o extracomunitario ha già acquisito il diritto alla prestazione Naspi, potrà recarsi all'estero in un paese comunitario o extracomunitario, senza doverne giustificare le ragioni, continuando a percepire la prestazione di disoccupazione per tre mesi, non dovendosi attenere alle regole di condizionalità previste per la generalità dei lavoratori, purché abbia ottemperato agli specifici obblighi previsti dalla normativa comunitaria (38).

3. — *Riflessioni conclusive* — Il giudice irlandese, nel caso esaminato, alla luce della interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, potrà riconoscere all'ex lavoratore rumeno l'indennità prevista dalla legge irlandese del 2005 per le persone in cerca di occupazione, estendendo ai cittadini degli Stati membri, anche quando abbiano svolto attività di lavoro autonomo, la specifica disciplina di protezione sociale.

Occorre interrogarsi, dunque, se e in che misura tale pronuncia possa avere ripercussioni sull'ordinamento italiano, partendo dal presupposto che nel nostro ordinamento il divario tra lavoratori subordinati e autonomi nell'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale continua a essere ancora marcato (39).

Indubbiamente, la sentenza in commento – che opta per una spinta verso l'universalizzazione dei trattamenti di disoccupazione per coloro che abbiano svolto un'attività economica, subordinata o autonoma, in uno Stato membro diverso da quello di origine – rende opportuna una integrazione della normativa nazionale italiana sull'ac-

(36) Circolare Inps n. 177 del 28.11.2017.

(37) Mette in luce Orlandini (2015, 68, nota 6) che, se la logica dei trattamenti è quella della meritevolezza assicurativa, «non si vede allora perché, una volta maturato, il godimento di tale diritto debba essere condizionato da sempre più gravosi oneri di attivazione». La dicotomia tra «condizionalità di stato» e «condizionalità dei benefici economici» si rinviene in Ferrara (2015, 641). Per Caruso (2015, 85) andrebbe recuperato «in positivo» il principio di condizionalità, laddove le Alte Corti ne mitigano gli effetti «attraverso il ricorso al principio di bilanciamento e alla proporzionalità», offrendo l'opportunità per «una rivisitazione del rapporto tra principio di responsabilità e diritto del lavoro».

(38) In termini operativi, secondo la circolare Inps, per i primi tre mesi di percezione della Naspi, gli operatori dei centri per l'impiego non sono tenuti a convocare questi disoccupati, mentre, a partire dal quarto mese, la mancata partecipazione a iniziative di politica attiva del lavoro comporterà la decadenza dal trattamento o l'applicazione delle decurtazioni progressive.

(39) Sottolinea McBritton (2017, 98), nella sua analisi sullo «straniero» e «la centralità dell'essere lavoratore nella Costituzione», che dovrebbe rilevare non la natura giuridica del contratto, ma «il bisogno di *tutela*».

cesso alla Naspi, che meglio si coordini con il fondamentale principio di parità di trattamento anche in campo di disoccupazione, per evitare discriminazioni non più accettabili tra le diverse categorie di lavoratori, nel rispetto del principio di cui all'art. 35 Cost., che tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, e del principio solidaristico di cui all'art. 38, comma 2, Cost., che condiziona l'intervento dello Stato a una situazione di disoccupazione involontaria.

La conseguenza dell'attuale disciplina Naspi, alla luce della sentenza commentata, infatti, potrebbe dar luogo a diverse situazioni che, senza pretesa di esaustività, si possono provare a esemplificare, per evidenziare criticamente le difformità di trattamento che potrebbero profilarsi tra diverse ipotesi.

Il cittadino italiano stabilitosi in Irlanda, che abbia svolto attività di lavoro autonomo, cessata per causa a lui non imputabile, che rispetti gli altri requisiti richiesti per l'indennità spettante alle persone in cerca di occupazione, potrà fruire della prestazione prevista dallo Stato membro, mentre non potrebbe goderne nel territorio d'origine, non essendo la prestazione estesa alla sua categoria.

Viceversa, il cittadino di uno Stato membro che si sia stabilito nel nostro paese per svolgere attività di lavoro autonomo, poi cessata per cause involontarie, potrebbe non avere accesso alla Naspi, né rientrare nei parametri per usufruire della Dis-coll, benché ai sensi dell'art. 7 della Direttiva n. 2004/38 conservi il diritto di soggiorno.

O ancora, potrebbe darsi l'ipotesi di un cittadino dell'Unione europea che abbia già maturato in un altro Stato membro, o con la totalizzazione dei periodi di uno o più Stati dell'Unione europea, i requisiti per beneficiare dell'indennità di disoccupazione e che si sia stabilito in Italia alla ricerca di una occupazione, ma senza aver svolto in precedenza attività di lavoro subordinato, il quale potrebbe continuare a godere del trattamento di disoccupazione precluso invece al cittadino italiano che si ritrovi nella sua stessa condizione.

È questa la conseguenza della mancata armonizzazione dei regimi legali nazionali che rimette alla determinazione degli Stati membri i requisiti di accesso alla protezione sociale. L'universalizzazione dell'ambito soggettivo della normativa eurounitaria dei regimi di sicurezza sociale, tesa a superare la condizione di lavoratore subordinato o autonomo, viene controbilanciata dai limiti che ancora circoscrivono l'ambito applicativo del Regolamento n. 883/2004. Occorre considerare, infatti, che, se i requisiti di accesso alla protezione sociale sono determinati dalle legislazioni nazionali, quanto più restrittive sono le condizioni cui l'ordinamento nazionale subordina l'acquisizione dello *status* di persona assicurata, tanto minore sarà il raggio applicativo soggettivo del sistema di coordinamento (40).

Un *vulnus*, questo, non più accettabile, tanto da potersi sostenere che le lacune e la frammentarietà sistematica che possono riscontrarsi sul tema, sia a livello europeo che a livello nazionale, ancora oggi, da un lato, rappresentano il frutto della irrisolta tensione tra la visione mercantilistica, alla base della creazione del mercato unico, e, dall'altro, segnalano l'impellente necessità di dare spazio a profili solidaristici, fondamentali per i sistemi di *welfare* e banco di prova di tutti i valori della civiltà occidentale (41).

(40) Giubboni (2017, 151 ss.), il quale evidenzia che a farne le spese sono soprattutto le forme di lavoro atipico o non standard, le quali sono poco tutelate sotto il profilo previdenziale in molti ordinamenti nazionali.

(41) Ferrajoli 2017, 19 ss.

Riferimenti bibliografici

- Arrigo G. (2018), *Uguaglianza, parità e non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, PM Edizioni.
- Balandi G.G. (2017), voce *Mercato del lavoro (tutele nel)*, in *ED*, X, 519 ss.
- Borelli S. (2009), *La nozione di lavoratore e l'efficacia dell'art. 39 Trattato Ce*, in *RIDL*, I, 225 ss.
- Borzaga M. (2004), *Nozione di lavoratore, libertà di circolazione e diritto di soggiorno in ambito comunitario*, in *RIDL*, II, 683 ss.
- Canavesi G. (2015), *La ricollocazione secondo il Jobs Act: dall'attività al contratto?*, in *RDSS*, 247 ss.
- Caruso B. (2015), *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in Caruso B., Fontana G. (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, il Mulino, Bologna, 57 ss.
- Celotto A. (2010), *Quando un diritto non è un «diritto»: sulla circolazione soggiorno dei cittadini comunitari*, in *QC*, 860 ss.
- Cinelli M. (2016), *L'effettività delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *RDSS*, I, 25 ss.
- D'Onghia M. (2017), *Tutela in caso di perdita dell'occupazione*, in Aa.Vv. *Previdenza ed assistenza*, Giuffrè, Milano.
- Di Stasi A. (2013), *Ammortizzatori sociali e solidarietà post industriale*, Giappichelli, Torino.
- Ferrajoli L. (2017), *Il fenomeno migratorio quale banco di prova di tutti i valori della civiltà occidentale*, in E. Galossi (a cura di), *(Im)migrazione e sindacato. Nuove sfide, universalità dei diritti e libera circolazione*, Ediesse, Roma, 19 ss.
- Ferrara M.D. (2015), *Il principio di condizionalità e l'attivazione del lavoratore*, in *LD*, IV, 639 ss.
- Garbuio C. (2017), *Profili regolativi e condizionalità dell'indennità di disoccupazione per i collaboratori: la recente estensione a dottorandi e assegnisti di ricerca*, in *RIDL*, n. 4, III, 153 ss.
- Giubboni S. (2009), *Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo*, nota per il gruppo di studio Astrid su «La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione», coordinato da T. Treu, in www.astrid-online.it/rassegna/02-09-2009/Giubboni.
- Giubboni S. (2016), *Prime osservazioni sul disegno di legge in materia di lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *MGL*, n. 4, 245 ss.
- Giubboni S. (2017), *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Wolters Kluwer, Milano.
- McBritton M. (2017), *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci, Bari.
- Miscione M. (2015), *Le collaborazioni autonome dopo il Jobs Act*, in *DPL*, n. 14, 867 ss.
- Orlandini G. (2015), *La via italiana alla flexicurity: la riforma degli ammortizzatori sociali nel Jobs Act*, in *QG*, 68 ss.
- Perulli A. (2017), *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *RIDL*, n. 1, I, 173 ss.
- Renga S. (2005), *Proporzionalità, adeguatezza ed uguaglianza nella tutela sociale dei lavoratori*, in *LD*, 53 ss.

Renga S. (2015), *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, in *LD*, I, 79 ss.

Torsello L. (2008), *I diritti sociali degli stranieri nella legislazione italiana tra previdenza e assistenza*, in Di Stasi A. (a cura di), *I diritti sociali degli stranieri. Principi e disciplina in Italia e in Europa*, Ediesse, Roma, 55 ss.

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

TRIBUNALE MONZA, 9.11.2017 – Est. Sommariva – X.X. (avv. Algorotti)
c. Inps (avv. Tommaselli).

Indennità di disoccupazione – Trasferimento del lavoratore – Rifiuto e dimissioni per giusta causa – Risoluzione consensuale del rapporto – Disoccupazione involontaria – Diritto alla Naspi – Sussiste.

La disoccupazione è involontaria anche quando dovuta a dimissioni rassegnate a seguito di modificazioni unilaterali del rapporto tali da impedire, di fatto, al lavoratore di continuare a rendere la prestazione lavorativa se non a fronte di sacrifici intollerabili e non esigibili; situazione che sussiste anche nel caso di trasferimento del lavoratore a una sede distante oltre 50 km dalla sua residenza o raggiungibile in circa 80 minuti con i mezzi pubblici. (1)

(1) LE DIMISSIONI PER GIUSTA CAUSA INDENNIZZABILI CON LA NASPI

1. — La sentenza in epigrafe rappresenta un importante precedente per il riconoscimento dell'indennità di disoccupazione Naspi nel caso di dimissioni rassegnate a seguito del rifiuto del lavoratore a un trasferimento che, sebbene legittimo, comporti lo spostamento a una sede di lavoro notevolmente distante dal proprio luogo di residenza.

La nuova assicurazione sociale per l'impiego, in acronimo Naspi, introdotta dal d.lgs. n. 22/2015, adottato in attuazione della l. delega n. 183/2014, costituisce lo strumento principale di sostegno del reddito contro la disoccupazione involontaria, sostituendosi all'Aspi, che a sua volta aveva sostituito l'indennità di disoccupazione ordinaria (Vd.: Caffio 2015, 267; Cinelli, Nicolini 2015, 121; Santucci 2016, 159; Mocella 2016, 313; D'Onghia 2016, 341; Persiani, D'Onghia 2018, 276).

Possono beneficiare della Naspi i lavoratori subordinati del settore privato, compresi apprendisti, soci di cooperative e personale artistico, e i dipendenti pubblici a tempo determinato, che abbiano maturato tredici settimane di contribuzione negli ultimi quattro anni e abbiano svolto almeno trenta giorni di «lavoro effettivo» nei dodici mesi precedenti l'inizio della prestazione.

Per beneficiare della prestazione occorre però che il lavoratore si trovi in stato di disoccupazione involontaria e abbia dato la propria disponibilità immediata allo svolgimento di un'attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva, concordate con i centri per l'impiego ex art. 19, d.lgs. n. 150/2015 (Sul punto, vd.: Tiraboschi 2016, 119 ss.; Fabozzi 2016, 2 ss.).

Ebbene, a fronte della presenza di tutti gli altri requisiti per la concessione della prestazione, la pronuncia in commento si sofferma proprio sul requisito della disoccupazione «involontaria», che a norma dell'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 22/2015, sussiste anche quando la disoccupazione consegua alle dimissioni per giusta causa e alla risoluzione consensuale del rapporto ex art. 7 della l. n. 604/1966.

In particolare, nel caso in esame, la lavoratrice non ha accettato il provvedimento di trasferimento a un nuovo punto vendita distante oltre 370 km dalla sua residenza, aperto dopo la chiusura di quello di assegnazione.

Secondo il Tribunale di Monza, è pacifica la sussistenza di una giusta causa di dimissioni, essendo stata riconosciuta dallo stesso datore di lavoro, che all'atto di estinzione del rapporto, con l'ultima busta paga ha erogato alla lavoratrice l'indennità sostitutiva del preavviso *ex art.* 2119 c.c.

A nulla rileverebbe, invece, la legittimità del trasferimento, su cui l'Istituto previdenziale ha fondato il diniego della prestazione, in quanto supportato dalle «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» previste dall'art. 2103 c.c., stante appunto l'avvenuta chiusura del punto vendita di prima assegnazione e l'apertura del punto vendita di destinazione.

La sentenza in commento richiama poi la nota pronuncia della Corte costituzionale (C. cost. 24.6.2002, n. 269, in *FI*, 2003, I, 3251) che, già con riferimento alle misure di sostegno del reddito previgenti, ha riconosciuto che le dimissioni per giusta causa comportano lo stato di disoccupazione involontaria al pari del licenziamento.

Infine, il Tribunale giudicante, nel riconoscere alla lavoratrice la spettanza della Naspi, si riporta alla circolare Inps n. 142/2015, che per le dimissioni per giusta causa si rifa proprio all'interpretazione dell'art. 2119 c.c. «elaborata dalla giurisprudenza», e alla circolare Inps n. 108/2006, secondo cui la perdita involontaria del posto di lavoro può derivare anche dalla risoluzione consensuale del rapporto dipesa dal rifiuto del lavoratore di accettare il trasferimento a un'altra sede dell'azienda, distante oltre 50 km dalla sua residenza o raggiungibile in 80 minuti con i mezzi pubblici; soluzione che a suo dire dovrebbe valere «allo stesso modo anche in caso di dimissioni» rassegnate per il medesimo motivo.

2. — L'art. 45, r.d.l. n. 1827/1935, nel riconoscere l'indennità di disoccupazione agli assicurati faceva genericamente riferimento alla disoccupazione involontaria «per mancanza di lavoro», mentre l'art. 76 prevedeva un dimezzamento del periodo indennizzabile di trenta giorni dalla data di cessazione del rapporto avvenuta per dimissioni, e così implicitamente finiva per ammettere l'accesso alla prestazione anche in questa ipotesi (Vd.: Gasparri 1954, 167; Siniscalchi 1966; Cinelli 1977, 60; Liso 1991).

Diversamente, l'art. 34, l. 23 dicembre 1998, n. 448, nel disciplinare l'indennità ordinaria di disoccupazione, agricola e non, ha escluso al comma 5 tutti i casi di cessazione del rapporto derivanti da dimissioni volontarie, senza fare alcuna distinzione tra giusta causa e altre forme di recesso del prestatore, mentre la circolare Inps n. 128/2000, di lì a poco, ha fatto salve le sole lavoratrici madri dimissionarie per tutto il periodo coperto dal divieto di licenziamento.

In questo contesto si è pronunciata la Corte costituzionale nella citata sentenza n. 269/2002, che, nel rigettare la questione di legittimità, ha affermato che un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma porti a ricomprendere nella nozione di disoccupazione involontaria anche le dimissioni determinate da una causa talmente grave da non consentire una prosecuzione provvisoria del rapporto *ex art.* 2119 c.c., per questo motivo non rientranti nell'esclusione dall'erogazione dell'indennità di cui all'art. 34, c. 5, l. n. 448/1998.

Secondo la Corte costituzionale, a fronte di «una condizione di improseguibilità del rapporto», l'atto di recesso, anche se derivante dal lavoratore, è in realtà imputabile alla condotta di un altro soggetto e, dunque, lo stato di disoccupazione che ne derivi non può che ritenersi involontario *ex art.* 38 Cost. In accoglimento dell'orientamento

espresso dalla Consulta è intervenuta l'Inps, che, con le circolari n. 97 e n. 163 del 2003, ha esemplificato una serie di ipotesi idonee a integrare una giusta causa di dimissioni, quali il mancato pagamento della retribuzione, la modifica peggiorativa delle mansioni, il *mobbing*, le molestie sessuali sui luoghi di lavoro, le considerevoli variazioni delle condizioni di lavoro derivanti dal trasferimento dell'azienda, il comportamento ingiurioso di un superiore gerarchico o appunto il trasferimento a un'altra sede senza le «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive».

Secondo l'interpretazione dell'art. 2119 c.c. affermata in giurisprudenza, infatti, costituiscono giusta causa di dimissioni innanzitutto i fatti, atti o comportamenti da cui derivi una lesione della dignità o della personalità fisica e morale del lavoratore, nonché la modifica unilaterale delle principali condizioni contrattuali, l'inadempimento o il non corretto adempimento della retribuzione, l'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori rispetto a quelle spettanti e infine lo spostamento del lavoratore ad altra sede in assenza delle comprovate ragioni di cui all'art. 2103 c.c. (Così: Cass. 2.2.1998, n. 1021, in *DPL*, 1998, 1052, con nota di Muggia; T. Milano 16.6.1999, in *DPL*, 2000, 787; Pret. Milano 10.3.1997, in *DPL*, 1997, 645; Pret. Frosinone 11.8.1989, in *RIDL*, 1990, II, 705 ss.; Cass. 8.1.2000, n. 143, in *RIDL*, 2001, II, 92 ss., con nota di Conte; Cass. 29.11.1985, n. 5977, in *OGI*, 1985, 1148).

Deve trattarsi però di circostanze incompatibili col substrato fiduciario, in cui il recesso è percepito come una reazione necessitata, che induce il lavoratore a porre fine al vincolo contrattuale con effetto immediato e con diritto all'indennità sostitutiva del preavviso.

3. — Non mancano, tuttavia, tendenze provenienti da più parti favorevoli ad ampliare la nozione di giusta causa di dimissioni, declinate anche dalla giurisprudenza dell'Unione.

A livello legislativo, vale anzitutto il riferimento all'art. 2112, c. 4, c.c., così come riformato dal d.lgs. n. 18/2001, che prevede un'ipotesi specifica di dimissioni per giusta causa nel caso in cui nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda si verifichi una modifica sostanziale delle condizioni di lavoro (Vd. C. Giust. 24.1.2002, C-51/00, in *Racc.*, 2002, I-969, e in *FI*, 2002, IV, 142 ss., secondo cui le legislazioni nazionali possono scegliere se riconoscere al lavoratore opposti al trasferimento dell'impresa la risoluzione del rapporto con il cessionario o la sua prosecuzione con il cedente).

Sul versante giurisprudenziale, inoltre, lo stesso giudice di legittimità propende per la valorizzazione dell'obiettiva gravità delle circostanze che danno luogo alla causa delle dimissioni per poterle configurare involontarie, a prescindere dalla sussistenza di un inadempimento contrattuale o di una condotta colposa imputabile al datore di lavoro o a un terzo.

Seguendo questa linea interpretativa, la Cassazione ha così ritenuto involontarie le dimissioni del dipendente giustificate dalle sopravvenute condizioni di salute incompatibili con la prosecuzione del rapporto, trattandosi di recesso necessitato dall'esigenza di tutelare un bene primario, e quindi non costituenti il frutto di una «libera scelta» del recedente, al quale pertanto non può negarsi il diritto all'erogazione dell'indennità di disoccupazione (Vd. Cass. 28.5.2015, n. 11051, in *DeG*, 2015, n. 21, 166, con nota di Dulio).

A ciò si aggiungano i segnali, provenienti anche dalla giurisprudenza europea, che in materia previdenziale propendono verso l'ampliamento della fruizione dei trattamenti di disoccupazione (Vd., da ultimo, C. Giust. 20.12.2017, C-442/16, in *www.curia.eu*, che ha esteso la nozione di disoccupazione involontaria alla perdita dell'impiego svolto in forma autonoma e imprenditoriale).

In questo solco si pone la pronuncia in commento, secondo cui le dimissioni possono dirsi involontarie non solo se siano rassegnate a causa di un grave inadempimento del datore di lavoro o di una condotta a lui imputabile, ma anche nel caso in cui si verifichino delle modificazioni unilaterali del rapporto, le quali impediscano al lavoratore di continuare a eseguire la propria prestazione lavorativa o di poterlo fare solo esponendosi a «sacrifici intollerabili e non esigibili».

Tale situazione si verificherebbe appunto quando il lavoratore si dimette perché trasferito in una sede notevolmente distante dalla sua residenza, a prescindere dal fatto che il trasferimento sia supportato dalle «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» di cui all'art. 2103 c.c., non potendo comunque ritenersi che le dimissioni siano il risultato di una sua «libera determinazione».

Il rifiuto del trasferimento a una sede distante oltre 50 km dalla residenza del lavoratore, o raggiungibile mediamente in 80 minuti con i mezzi di trasporto pubblici, è stata prevista espressamente dall'Inps come circostanza da cui derivi lo stato di disoccupazione involontario nell'ipotesi di risoluzione consensuale del rapporto dapprima con la circolare Inps n. 108/2006, poi con le circolari n. 142/2012 e n. 142/2015, rispettivamente in materia di Aspi e di Naspi, con un principio che secondo il Tribunale di Monza non può che valere anche in caso di dimissioni.

4. — La sentenza in commento supera dunque il più restrittivo orientamento dell'Istituto previdenziale (da ultimo, tuttavia, nuovamente ribadito nel messaggio del 26 gennaio 2018, n. 369) ed evita irragionevoli disparità di trattamento tra situazioni che possono dirsi analoghe e, per tali ragioni, assimilate dallo stesso legislatore sia nella fruizione del trattamento previdenziale (art. 3, c. 2, d.lgs. n. 22/2015) che nel suo finanziamento (art. 2, cc. 31 e 32, l. n. 92/2012).

In contrario, l'Inps, a fronte delle diverse richieste di chiarimento provenienti dalle sedi territoriali, nel citato messaggio n. 369/2018 ha distinto nuovamente lo stato di disoccupazione involontaria derivante dalle dimissioni rassegnate a seguito di un trasferimento non supportato dalle comprovate ragioni di cui all'art. 2103 c.c., «indipendentemente dalla distanza tra la residenza del lavoratore e la nuova sede di lavoro», e quello derivante dalla risoluzione consensuale del rapporto intervenuta «in esito al rifiuto del lavoratore al trasferimento ad altra sede della stessa azienda distante oltre 50 km dalla residenza o raggiungibile in oltre 80 minuti».

Con lo stesso messaggio, l'Inps, riprendendo il contenuto della circolare n. 163/2003, ha poi previsto che il lavoratore dimessosi per giusta causa debba allegare alla domanda di accesso alla Naspi una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ex artt. 38 e 47, d.P.R. n. 445/2000, da cui risulti la volontà di difendersi in giudizio con una serie di documenti «idonei» (diffide, esposti, denunce, citazioni, ricorsi ecc.) e di comunicarne successivamente l'esito. Questo meccanismo, se da un lato consente il recupero della prestazione in caso di soccombenza, dall'altro aggrava il lavoratore con un adempimento, nemmeno previsto dalla legge, che rischia di ali-

mentare il contenzioso anche quando la giusta causa di dimissioni non sia stata oggetto di contestazione.

Riferimenti bibliografici

- Caffio S. (2015), *Il progressivo ritorno alle origini: dall'indennità di disoccupazione alla Naspi*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 267 ss.
- Cinelli M. (1977), *Le prestazioni di disoccupazione*, in Bussi B., Persiani M. (diretto da), *Trattato di previdenza sociale*, vol. III, Padova, 60 ss.
- Cinelli M., Nicolini C.A. (2015), *L'attuazione del Jobs Act: le nuove tutele per i disoccupati*, in RIDL, III, 121 ss.
- Conte G. (1990), *L'onere della prova in tema di molestie sessuali e le conseguenze del suo mancato assolvimento*, in RIDL, II, 705 ss.
- D'Onghia M. (2016), *I trattamenti di disoccupazione dopo il d.lgs. n. 22 del 2015: continuità e (poche) innovazioni*, in Santoni F. et al. (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act*, Napoli, 341 ss.
- Dulio R. (2015), *Le dimissioni «non volontarie» danno diritto all'indennità di disoccupazione*, in D&G, n. 21, 166 ss.
- Fabozzi R. (2016), *Misure di sostegno al reddito ed obblighi di attivazione dei beneficiari*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 312, 2 ss.
- Gasparri P. (1954), *L'assicurazione contro la disoccupazione involontaria*, in Borsi U., Pergolesi F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, Padova, 167 ss.
- Liso F. (1991), *Sulla legge di riforma del trattamento ordinario di disoccupazione*, in LD, 385 ss.
- Mocella M. (2016), *Rigidità del mercato del lavoro e disoccupazione. Un'analisi comparata*, in Santoni F. et al. (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act*, Napoli, 313 ss.
- Persiani M., D'Onghia M. (2018), *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino.
- Santucci R. (2016), *Lo stato di disoccupazione*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, 159 ss.
- Siniscalchi L. (1966), *L'assicurazione contro la disoccupazione involontaria nel sistema della previdenza sociale*, Napoli.
- Tiraboschi M. (2016), *«Jobs Act» e ricollocazione dei lavoratori*, in DRI, 119 ss.

Valeria Allocca

*Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Napoli «Federico II»*

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Subfornitura – Decentramento produttivo – Art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 – Legittimità costituzionale – Art. 3 Cost. – Interpretazione costituzionalmente conforme – Possibile – Applicazione analogica – Ammissibile – Norma eccezionale – Non configurabile. 298

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Controlli sul lavoratore – Art. 4 St. lav. – Cronotachigrafo – Inutilizzabilità dei dati – Procedura codeterminativa – Obblighi informativi – Insussistenza del fatto contestato. 416

Licenziamento individuale – Art. 18, c. 1, St. lav. – Inutilizzabilità dei dati – Insussistenza dei fatti posti alla base del licenziamento – Unicità del motivo illecito e determinante – Licenziamento ritorsivo. 416

Spese giudiziali – Compensazione – Tassatività delle ipotesi – Illegittimità costituzionale. 403

DISCRIMINAZIONI

Contratto di lavoro intermittente – Cessazione automatica del contratto quando il lavoratore compie 25 anni – Discriminazione fondata sull'età – Non sussiste – Norma di diritto interno che persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro. 316

Direttiva n. 2000/78/Ce – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Art. 2, par. 2, lett. b, i – Divieto di discriminazione fondata sulla disabilità – Normativa nazionale che autorizza, a determinate condizioni, il licenziamento di un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate – Assenze del lavoratore derivanti da malattie imputabili alla sua disabilità – Disparità di trattamento basata sulla disabilità – Discriminazione indiretta – Giustificazione – Lotta all'assenteismo sul lavoro – Congruità – Proporzionalità. 289

DISTACCO TRANSNAZIONALE

Regolamento (Cee) n. 1408/71 – Distacco non genuino – Frode – Applicazione del certificato E101 – Esclusione. 421

INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE

Trasferimento del lavoratore – Rifiuto e dimissioni per giusta causa – Risoluzione consensuale del rapporto – Disoccupazione involontaria – Diritto alla Naspi – Sussiste. 447

INTERPOSIZIONE DI MANODOPERA

Lavoro autonomo – Apparenza giuridica – Esternalizzazioni. 398

LAVORO SUBORDINATO

Lavoro su piattaforma digitale – Ciclofattorini – Qualificazione del rapporto di lavoro – Eteroorganizzazione – Insussistenza. 371

Lavoro su piattaforma digitale – Ciclofattorini – Qualificazione del rapporto di lavoro – Subordinazione – Insussistenza. 371

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Comunicazione – E-mail priva di firma elettronica – Efficacia probatoria – Natura di scrittura privata *ex art.* 2702 c.c. – Esclusione – Fondamento – Conseguenze. 311

Licenziamento disciplinare – Contestazione – Correttezza e buona fede – Tardività – Reintegrazione – Esclusione – Risarcimento del danno – Tutela indennitaria forte – Art. 18, c. 5, St. lav. 346

Licenziamento disciplinare – Tardività della contestazione disciplinare – Correttezza e buona fede – Violazione – Tutela indennitaria forte – Art. 18, c. 5, St. lav. 346

Licenziamento disciplinare – Tardività della contestazione disciplinare – Rilievo sostanziale – Insussistenza della giusta causa. 346

Licenziamento per giusta causa – Insussistenza della giusta causa – Licenziamento ritorsivo – Motivo illecito – Esclusività – Sussiste. 385

Licenziamento per giusta causa – Insussistenza della giusta causa – Licenziamento ritorsivo – Sussistenza – Indice. 385

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Soppressione del posto di lavoro – Manifesta insussistenza del fatto – Obbligo di *repechâge* integrato nella fattispecie del g.m.o. – Violazione – Reintegra del lavoratore. 359

Licenziamento ritorsivo – Prova.	385
Licenziamento ritorsivo – Prova.	385
MANSIONI E QUALIFICA	
Demansionamento – Eccezione di inadempimento – Assenza ingiustificata – Licenziamento legittimo.	341
PATTO DI PROVA	
Licenziamento – Comunicazione scritta – Non sussiste – E-mail priva di firma elettronica – Legittimità.	311
RETRIBUZIONE	
Appalto – Nullità – Mora del creditore – Buona fede – Artt. 1206 ss. c.c. – Art. 1175 c.c. – Art. 1375 c.c. – Art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003 – Art. 36 Cost.	330
Trasferimento di azienda – Nullità – Mora del creditore – Buona fede – Art. 2112 c.c. – Art. 2126 c.c. – Art. 1206 ss. c.c. – Art. 1175 c.c. – Art. 1375 c.c. – Art. 36 Cost.	330
RIPOSI	
Art. 5, Direttiva n. 2003/88 – Riposo settimanale – Art. 15, Direttiva n. 2003/88 – Principio di flessibilità – Art. 17, Direttiva n. 2003/88 – Deroghe al riposo settimanale – Artt. 221 e 232 del Codice del lavoro portoghese – Applicazione della Direttiva n. 2003/88 in Portogallo e in Italia.	291
STRANIERI (LAVORATORI)	
Cessazione di attività di lavoro autonomo – Disoccupazione involontaria – Conservazione dello <i>status</i> di lavoratore autonomo – Sussistenza.	434
TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE	
Dequalificazione – Norma imperativa inderogabile dalla contrattazione collettiva – Qualificazione dell'unità produttiva.	365
Discriminazione – Eccezione di inadempimento – Art. 1460 c.c. – Assenza ingiustificata – Nullità del licenziamento.	341
<i>Ius variandi</i> del datore di lavoro – Riorganizzazione aziendale – Illegittimità del trasferimento con dequalificazione per adibizione a mansioni inferiori esorbitanti un solo livello.	365

