

PARTE II
GIURISPRUDENZA

RAPPORTO DI LAVORO

CASSAZIONE, 5.12.2017, n. 29062 – Pres. Nobile, Est. Amendola, P.M. Fresa (diff.) – S.F. (avv. Manzi) c. S. Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Ottone, Cammarata).
Cassa Corte d’Appello di L’Aquila, 25.9.2015.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Congedo straordinario ex l. n. 104/1992 per assistenza a persona affetta da handicap grave – Mancato rispetto della assistenza continuativa e permanente al disabile – Necessità di assistenza notturna – Fatto insussistente – Qualificazione di illecito – Irrilevanza disciplinare della condotta – Fatto privo del requisito dell’antigiuridicità – Illegittimità del recesso – Reintegra.

In caso di congedo straordinario ai sensi dell’art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151 del 2001, concesso al prestatore per assistere la madre in condizione di handicap grave, la circostanza che risulti provato che il lavoratore si trovasse in talune giornate lontano dall’abitazione della persona portatrice di handicap, non è sufficiente a far ritenere sussistente il fatto contestato; infatti, l’avvenuto accertamento che, ferma la convivenza, il lavoratore comunque prestava continuativa assistenza notturna alla disabile, alternandosi durante il giorno con altre persone, con modalità da considerarsi compatibili con le finalità dell’intervento assistenziale, rende la condotta contestata priva di rilievo disciplinare. (1)

(1) LICENZIAMENTO DISCIPLINARE E CONGEDO STRAORDINARIO PER L’ASSISTENZA DEL DISABILE

1. — Il caso di specie concerne un licenziamento disciplinare irrogato a un lavoratore che aveva richiesto un congedo straordinario ai sensi dell’art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001, per assistere la madre in condizione di handicap grave (Per una disamina completa sul diritto a tale congedo si veda Lamonaca 2014, 966). Nel corso di tale periodo di congedo, il datore di lavoro contestava al dipendente, a seguito di

indagine investigativa, che durante alcune giornate, nelle ore diurne, non era stato visto a casa della madre, ma presso la propria abitazione. A fronte di tali addebiti il prestatore rendeva le proprie giustificazioni sostenendo di aver prestato assistenza notturna alla madre, portando a supporto di tale assunto una certificazione medica specialistica che attestava la tendenza della propria madre alla fuga, all'insonnia notturna e tratti di ipersonnia diurna. Ciò rendeva necessario per il lavoratore restare sveglio la notte per assistere il genitore al fine di evitare possibili fughe, già verificatesi in passato. La società, in ogni caso, irrogava il licenziamento disciplinare con preavviso.

I giudizi di merito avevano il seguente esito. Il Tribunale di Lanciano dichiarava l'illegittimità del licenziamento, con conseguente reintegrazione del prestatore nel posto di lavoro oltre al risarcimento del danno, sul presupposto della insussistenza del fatto addebitato. La Corte d'Appello di L'Aquila, confermando l'illegittimità del licenziamento, escludeva tuttavia la reintegrazione, condannando la società al solo pagamento della indennità risarcitoria. In punto di diritto, la Corte territoriale affermava che il lavoratore non aveva provato l'assistenza continuativa alla madre disabile, in quanto nelle ore notturne si alternava con altre persone, ciò non integrando una adeguata assistenza al disabile che invece necessiterebbe, a stretto rigore, di essere «prestata in via principale e privilegiata» da parte del titolare del beneficio e non da altre persone.

2. — La giurisprudenza si è più volte pronunciata sulla tematica dell'abuso del diritto con riferimento all'uso improprio delle prestazioni assistenziali da parte dei lavoratori, assumendo nel tempo un orientamento di particolare rigore (Il profilo dell'abuso del diritto è stato trattato in dottrina sotto vari aspetti ma, per esigenze di spazio espositivo, pare opportuno richiamare le teorie che riconducono l'illecito ai casi di violazioni dei principi di correttezza e buona fede nella fase esecutiva del contratto. In tal senso, si veda Mammine 2003; Pino 2004, Falco 2010). La casistica più nutrita riguarda principalmente la tematica dei licenziamenti disciplinari intimati a causa dell'utilizzo di permessi *ex art. 33, l. n. 104 del 1992*, per finalità diverse da quelle della cura del disabile, mentre le decisioni riguardanti l'utilizzo non corretto del congedo straordinario sono esigue [A quanto consta quale recente precedente si veda Cass. 4.4.2017, n. 8718, in *RFI*, 2017, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 621, che tratta il licenziamento di un dipendente in congedo straordinario che non aveva comunicato il ricovero a tempo pieno del disabile a cui prestava assistenza presso una struttura ospedaliera specializzata]. Appare opportuno analizzare gli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati sulla prima di tali due fattispecie, posto che il ragionamento adottato dai giudici per verificare se ci sia stato o meno l'abuso del diritto nell'impiego di permessi *ex art. 33, l. n. 104 del 1992*, per ragioni di evidente identità di *ratio* o analogia *iuris*, è applicabile anche all'istituto del congedo straordinario per l'assistenza del disabile, in quanto i presupposti di indagine sono i medesimi.

Tra i precedenti della giurisprudenza che hanno approfondito la materia, occorre segnalare alcuni provvedimenti che suscitano particolare interesse. Il primo è sicuramente la sentenza di Cassazione del 4.3.2014, n. 4984 (In *GI*, 2014, n. 11, 2515, con nota di Balletti, 2517), che ha trattato il caso di un lavoratore il quale aveva utilizzato i permessi *ex lege* n. 104 del 1992 per partire in vacanza con degli amici per un lungo fine settimana. In tale vicenda, i giudici di legittimità hanno affermato che l'abuso del

diritto da parte del dipendente per motivi di svago, oltre a configurare una condotta contraria a buona fede nei confronti del datore di lavoro, determina sia un'indebita percezione dell'indennità nei confronti dell'ente previdenziale che eroga il trattamento economico, sia uno sviamento dell'intervento assistenziale dalle finalità sue proprie, rendendo pertanto legittimo il recesso.

Sul punto, si evidenzia che, secondo un'altra pronuncia della Cassazione, la sentenza del 30.4.2015, n. 8784 (In *FI*, 2015, n. 6, I, 1944, nonché in *GI*, 2015, n. 10, 2159, con nota di Miraglia, 2160), la condotta del prestatore, il quale abusa del diritto utilizzando il permesso per partecipare a una «serata danzante», configura un «disvalore sociale» che contrasta col minimo etico preteso dal lavoratore, non solo per gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, ma anche per quelli che sono connaturati all'appartenenza a una comunità. Afferma, in merito, sempre la sopra citata sentenza del 2015 che vi è una duplice valenza negativa che incide sul vincolo fiduciario del rapporto di lavoro. Ciò perché l'abuso del diritto da parte del lavoratore che utilizza impropriamente il beneficio assistenziale viene scaricato, per un verso, sull'intera collettività, la quale ne sopporta il costo tramite l'ente previdenziale che rimborsa il permesso al datore di lavoro; per altro verso, sia sul datore di lavoro che deve organizzare diversamente il lavoro, sia sui colleghi del dipendente che lo devono sostituire. Il tutto, pertanto, incide in maniera irreparabile sull'elemento fiduciario del datore, che pone in dubbio la futura correttezza dell'adempimento del prestatore rispetto agli obblighi assunti [Si segnala sul punto anche: Cass. 6.5.2016, n. 9217, in *RFI*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1026, ove è stato accertato l'abuso del diritto perché una lavoratrice titolare di permessi *ex lege* n. 104 del 1992 non aveva svolto alcuna attività assistenziale per oltre due terzi del tempo previsto, nonché, in senso conforme, Cass. 22.3.2016, n. 5574, in *RIDL*, 2016, II, 747, con riferimento all'abuso del permesso *ex l.* n. 104 del 1992 utilizzato solo per il 17,5% del tempo totale concesso].

Per completezza, si richiama un'ultima sentenza della Suprema Corte: la decisione del 13.9.2016, n. 17968 (In *LG*, 2016, n. 11, 975, con nota di Minervini), secondo cui, nel caso in cui i permessi *ex art.* 33, l. n. 104 del 1992, siano utilizzati sistematicamente per esigenze personali, si interrompe la ragione che permette «il sacrificio organizzativo per il datore di lavoro, giustificabile solo in presenza di esigenze riconosciute dal legislatore (e della coscienza sociale) come meritevoli di superiore tutela». Tuttavia, secondo tale ultima decisione, vi è abuso del diritto «ove il nesso causale manchi del tutto» tra assistenza del disabile e assenza dal lavoro, ciò giustificando il recesso per lesione della buona fede del diritto. Questo ultimo passaggio motivazionale sembra mitigare un indirizzo iniziale della giurisprudenza di particolare rigore, che, teso alla punizione dell'uso improprio del beneficio, potrebbe prestare il fianco ad «apprezzamenti di mero ordine etico-morale, che sono comunque da evitare» in quanto occorre sempre avere come bussola di riferimento «una valutazione tecnico-giuridica della fattispecie concreta in base ai consolidati canoni di giudizio della legittimità del potere di recesso» (Balletti 2014, 2521).

3. — La questione oggetto di annotazione presenta un duplice piano di lettura: da una parte, quello del rapporto di lavoro, che inerte alla condotta che il lavoratore deve tenere al fine di non ledere il vincolo di fiducia con il datore rispetto agli obblighi assunti con il medesimo; dall'altro, quello pubblicistico, ossia l'abuso di prerogative

che incidono sull'interesse generale, in quanto sia i permessi *ex art. 33, l. n. 104 del 1992*, sia i congedi straordinari (in questo caso solo in termini di sospensione del rapporto di lavoro) hanno ricadute sulla collettività.

Non è un caso, infatti, che gli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati trattino la tematica *de qua* in termini di abuso del diritto (sia nel caso di congedo straordinario o di permesso *ex l. n. 104 del 1992*), fornendo un'interpretazione molto severa del «vincolo fiduciario» sotteso alla fruizione di tali benefici: secondo la giurisprudenza, infatti, l'uso improprio degli stessi va punito con maggiore intransigenza in quanto tale violazione, in un certo senso, va a «spezzare» non solo il legame di fiducia sotteso al rapporto di lavoro stesso, ma anche quello con tutta la comunità che si sobbarca il costo complessivo che rende effettiva la tutela. In merito si è espressa anche la dottrina, che, sempre con riferimento ai permessi *ex art. 33, comma 3, l. n. 104 del 1992* (ma con ragionamento che, in maniera speculare, può essere utilizzato per i congedi straordinari *ex lege n. 104 del 1992* per l'assistenza del disabile), ha sostenuto come la finalità assistenziale del beneficio, che rappresenta il «presupposto-condizione» del riconoscimento dello stesso, è la sola che consente la sospensione dell'ordinaria obbligazione lavorativa; conseguentemente, l'utilizzo per motivi diversi dalla sua finalità configura *ex se* l'abuso del diritto in ragione proprio dello sviamento rispetto alla funzione-finalità assistenziale (Balletti 2014, 2520).

Entrando nel vivo della questione oggetto di commento, appare utile prendere le mosse dal ragionamento seguito dalla Cassazione nella citata sentenza del 13.9.2016, n. 17968, secondo cui il permesso per l'assistenza del disabile (e, quindi, *mutatis mutandi*, il beneficio o, per il caso di specie, il congedo straordinario *ex art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001*, per assistere la madre in condizione di handicap grave) va usufruito per soddisfare l'interesse per il quale è riconosciuto e, conseguentemente, si configura l'abuso del diritto solo ove manchi completamente il nesso tra l'assistenza al disabile e il beneficio che è stato concesso a tale precipuo scopo.

A questo punto, il nodo della vicenda oggetto di commento, al di là delle rispettive posizioni prospettate dalle parti giudiziali, riguarda, a parere di chi scrive, cosa debba intendersi per «assistenza adeguata» al disabile, in quanto, secondo la formulazione fornita sul punto dalla Corte d'Appello di L'Aquila, sembrerebbe sussistere una «modalità qualificata» dello svolgimento della prestazione assistenziale. Nel senso che, richiamandosi in merito il condivisibile assunto del lavoratore come prospettato nel ricorso per cassazione, nessuna norma impone un'assistenza «principale e privilegiata» al disabile; in concreto, non vi sarebbe una sorta di soglia minima di assistenza al di sotto della quale non si può scendere. Lamenta sul punto il lavoratore che i giudici della Corte di merito avrebbero rimproverato al medesimo non tanto di non aver assistito la madre, ma di averla assistita meno di quanto ritenuto necessario.

La Corte di Cassazione nella vicenda *de qua* muove, in un certo senso, da tale presupposto fattuale, ritenendo di dover disattendere i motivi del ricorso incidentale della società in quanto ripropongono una diversa ricostruzione del fatto storico, affermando che il lavoratore avrebbe abusato dei benefici *ex art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001*, quando, invece, i giudici di merito avevano ritenuto raggiunta la prova (con accertamento insindacabile in sede di legittimità) circa la convivenza e la necessità di un'assistenza notturna da parte del lavoratore, che, peraltro, aveva trovato riscontro sulla base di una certificazione medica specialistica.

4. — Tornando alla fattispecie in commento, occorre trovare soluzioni razionali che presuppongano valutazioni di buon senso rispetto al caso concreto. Altrimenti, si rischia di non interpretare correttamente la finalità dell'istituto, riconducendo alla ipotesi di abuso del diritto condotte irrilevanti o non così sproporzionate con riferimento alla prestazione assistenziale; così come accade quando la stessa è comunque assolta, anche se con un tempo minore rispetto a quello riferito all'orario di lavoro contrattuale, purché ciò non infici del tutto la prestazione assistenziale tanto da non renderla effettiva. Tuttavia, anche volendo aderire alla tesi che l'assistenza deve essere continua ed esclusiva, di certo non si può pretendere che essa si espleti ininterrottamente per l'intera giornata (Cfr. Cass. 31.1.2017, n. 2600, *RFI*, 2017, voce *Invalidi civili e di guerra*, n. 19).

Per seguire tale ragionamento, si segnala come uno dei passaggi motivazionali più interessanti del provvedimento in annotazione sia proprio quello in cui si afferma che non può «ritenersi che l'assistenza che legittima il beneficio del congedo straordinario possa intendersi esclusiva al punto da impedire a chi la offre di dedicare spazi temporali adeguati alle personali esigenze di vita, quali la cura dei propri interessi personali e familiari, oltre alle ordinarie necessità di riposo e di recupero delle energie psico-fisiche, sempre che risultino complessivamente salvaguardati i connotati essenziali di un intervento assistenziale che deve avere carattere permanente, continuativo e globale nella sfera individuale e di relazione del disabile».

Un'esegesi troppo rigida, che pretenda che il lavoratore occupi l'intero arco temporale della giornata alla persona di cui si prende cura, appare illogica in quanto la *ratio* insita nella tutela del portatore di handicap non è tanto l'entità del periodo temporale che si dedica al medesimo, ma la qualità dell'assistenza che si presta in termini di effettività. Nel senso che si deve realizzare e garantire concretamente l'assolvimento delle necessità del disabile, ove il tempo destinato al medesimo non può essere misurato con il «cronometro»; né si può pretendere «che all'obbligazione lavorativa si sostituisca una (inesistente) obbligazione di assistenza di pari durata», anche perché, in una materia così delicata «non sembra corretto giudicare con l'accetta» (In tal senso, si veda T. Roma 4.10.2017, ord. – Est. Conte – inedita a quanto consta). D'altra parte, tale conclusione risulta essere anche in linea con quell'indirizzo di legittimità alla stregua del quale l'abuso del diritto si configura solo ove manchi del tutto il nesso di causalità tra l'utilizzo del beneficio e la finalità assistenziale e si determini, quindi, un totale sviamento da questa ultima (Cfr. Cass. 13.9.2016, n. 17968, cit., in *LG*, 2016, n. 11, 975, con nota di Minervini). A parere di chi scrive, l'abuso dei benefici assistenziali deve essere punito severamente, in quanto la fruizione fraudolenta di tali agevolazioni rischia di svilire la finalità dell'istituto nel sentire comune. Tuttavia, la legge non prevede uno specifico obbligo di assistenza ininterrotta al portatore di handicap; tutela che neanche può essere pretesa in una tale accezione, che si risolverebbe «altrimenti in una compressione del tutto ingiustificata della libertà del lavoratore» (Cfr. T. Roma 4.10.2017, ord. – Est. Conte –, cit.). Peraltro, se il permesso o il congedo va «sfruttato», *latu sensu*, nelle ore lavorative, una qualsiasi attività differente dal fine assistenziale (incombenze varie, svago, ballo, palestra), svolta nelle ore diverse da quelle dell'orario di lavoro contrattualmente inteso, non potrebbe comportare alcun addebito o inadempimento per il dipendente. Come, infatti, non può integrare alcuna violazione del vincolo di fiducia rispetto agli obblighi assunti con il datore di lavoro il

compimento di attività ricreative o personali che siano espletate dopo la prestazione lavorativa. Come, peraltro, non si incorre, sempre e automaticamente, in uso improprio della prestazione assistenziale quando le cosiddette attività diverse dalla cura del portatore di handicap non incidano sulla effettività della assistenza prestata al medesimo.

Michelangelo Salvagni
Avvocato in Roma

Riferimenti bibliografici

- Allocca V. (2016), *L'abuso nella fruizione dei permessi retribuiti ex art. 33, l. n. 104/92, integra una giusta causa di licenziamento*, in *RIDL*, II, 747 ss.
- Balletti E. (2014), *Controllo «occulto» e sanzionabilità dell'utilizzo improprio dei permessi assistenziali*, in *GI*, n. 11, 2521 ss.
- Falco G. (2010), *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milano.
- Lamonaca V. (2014), *Le agevolazioni per l'assistenza dei disabili gravi: le assenze dal lavoro (permessi e congedi)*, in *LG*, n. 11, 955 ss.
- Mammone G. (2003), *L'abuso del diritto come strumento di controllo del potere imprenditoriale di gestione della crisi aziendale*, in *RIDL*, I, 208 ss.
- Minervini A. (2016) *L'uso improprio dei permessi ex l. n. 104 del 1992 giustifica il licenziamento*, in *LG*, n. 11, 975 ss.
- Miraglia V. (2015), *Il diritto di assistere il familiare portatore di handicap grave: la teoria dell'abuso del diritto*, in *GI*, n. 10, 2159 ss.
- Pino G. (2004), *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *RCDP*, I, 25 ss.

CASSAZIONE, 20.11.2017, n. 27436, S.U. – Primo Pres. Rordorf, Est. Perrino, P.M. Matera (conf.) – Rear Scarl (avv.ti Pagliari, Frus, Mangione) c. S.V.

Cooperative di lavoro – Licenziamento individuale – Omessa impugnazione della delibera di esclusione dalla compagine sociale – Tutela risarcitoria.

In tema di tutela del socio lavoratore di cooperativa, in caso di impugnazione, da parte del socio, del recesso della cooperativa, la tutela risarcitoria non è inibita dall'omessa impugnazione della contestuale delibera di esclusione fondata sulle medesime ragioni, afferenti al rapporto di lavoro, mentre resta esclusa la tutela restitutoria. (1)

(1) LE SEZIONI UNITE SUL LICENZIAMENTO
DEL SOCIO LAVORATORE DI COOPERATIVA

SOMMARIO: 1. Il *thema decidendum*. — 2. Rapporto sociale e subordinazione: l'impostazione tradizionale. — 3. L'equilibrio tra rapporto associativo e rapporto di lavoro... in discussione. — 4. Le divergenze di dottrina e giurisprudenza sul sistema rimediabile applicabile al licenziamento illegittimo del socio escluso. — 5. La soluzione delle Sezioni Unite.

1. — *Il thema decidendum* — Nella sentenza in commento, le Sezioni Unite della Cassazione sono chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale maturato prima in seno alla giurisprudenza di merito, e poi sede di legittimità, in ordine agli effetti della coesistenza, in capo al socio lavoratore, di una duplicità di rapporti, quello societario e quello di lavoro, con particolare riguardo agli effetti che scaturiscono dalla relazione tra essi intercorrente, specialmente nella fase estintiva, quando – come, di norma, accade nella pratica – al licenziamento del prestatore di lavoro si affianchi la contestuale deliberazione di esclusione dalla compagine sociale.

Si tratta di un tema cui la dottrina ha prestato – come noto – grande attenzione, sia in epoca precedente alla legge n. 142 del 2001 di disciplina del lavoro nelle cooperative (1), sia, più ancora, in epoca successiva alla sua entrata in vigore (2): il problema riguarda, infatti, il peso da ascrivere a ciascuno dei due rapporti che qui vengono in rilievo, quello sociale e quello di lavoro, il secondo dei quali definito dal legislatore come «distinto e ulteriore» rispetto al primo (art. 1, l. n. 142/01), e poi, a seguito della novella del 2003 (art. 9, l. n. 30 del 14 febbraio 2003), semplicemente «ulteriore», anche se certamente provvisto di elementi di perdurante autonomia rispetto al sottostante rapporto associativo, con il quale intrattiene un collegamento necessario (3).

(1) Cfr. Biagi 1983.

(2) Cfr.: Montuschi, Tullini 2002; De Angelis 2003; Pallini 2004 e Zoli 2005.

(3) Cfr. Cester 2005, Ferluga 2005, 96.

È certo vero che, come rilevato da più parti (4), il legislatore del 2003 ha accentuato i profili di «centralità del rapporto associativo e la sua prevalenza su quello di lavoro» (5); la scelta non è stata di poco conto e ha riverberato i suoi effetti soprattutto sulla questione dell'estinzione del rapporto associativo e di quello ulteriore di lavoro.

Si sono affrontate, con esiti molto oscillanti, le problematiche connesse: ai differenti termini di decadenza per l'impugnazione della delibera e del licenziamento, laddove il termine di 60 giorni è previsto solo in via extragiudiziale per il secondo, ma in via esclusivamente giudiziale per il primo, con rilevanti conseguenze pratiche per tutti quelli che operano nell'ambito della tutela dei lavoratori; alle conseguenze della mancata impugnazione della delibera di esclusione rispetto alla possibilità o meno per il giudice di pronunciarsi anche sul licenziamento; ai rimedi ritenuti applicabili tra tutela di diritto comune, l. n. 604/1966 e l'art. 18 St. lav. nel suo articolato regime sanzionatorio e, infine, alla competenza e al rito delle controversie.

La questione è opportunamente definita, dalle Sezioni Unite in commento, «di massima e particolare importanza», non soltanto perché – come affermano i giudici di legittimità – «chiama in causa profili di principio» che coinvolgono alcuni fondamentali istituti giuslavoristici (dalla condizione di «doppia alienità» espressiva della «subordinazione in senso stretto», fino al connotato personalistico caratterizzante ogni attività lavorativa, anche quando il prestatore di lavoro, come accade nel caso delle società cooperative di produzione e lavoro, partecipi al rischio e al profitto che ne deriva), ma anche per i rilevanti risvolti pratici che possono derivare dalla preferenza di un principio sull'altro, sia in ordine alla scelta del giudice competente a conoscere delle controversie tra il socio e la cooperativa (6), che in ordine, come detto, alle conseguenze che produce un illegittimo atto espulsivo.

In particolare, nella vicenda che ha dato origine alla sentenza in commento, i giudici di legittimità sono stati chiamati a esprimersi sul ricorso presentato da una cooperativa di produzione e lavoro contro la sentenza della Corte d'Appello di Torino, la quale, confermando il giudizio di primo grado, aveva riconosciuto il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo previsto dall'art. 8, l. n. 604 del 1966, a un socio

(4) Cfr. De Angelis 2003, 155. Così l'Autore: «l'alternativa tra collegamento negoziale dei rapporti e accessorietà di quello di lavoro all'altro associato, prospettata nella riflessione sulla l. n. 142, sembra essere senz'altro risolta a favore dell'accessorietà...». Cfr. anche Zoli 2005 e Ferluga 2005, cit., 100. Altri Autori ritengono invece che il collegamento negoziale tra il rapporto di lavoro e quello associativo «abbia una natura necessaria, ma espliciti i suoi effetti in senso unidirezionale [...]. In tal modo la risoluzione del rapporto associativo comporterebbe automaticamente l'estinzione del rapporto di lavoro del socio, mentre le vicende del rapporto di lavoro inciderebbero sul rapporto associativo soltanto se concretizzassero delle circostanze fattuali giuridicamente rilevanti anche secondo la disciplina legale statutaria applicabile a quest'ultimo» (Pallini 2004, 207).

(5) Così Imberti 2008, 413 e 446. L'Autore ritiene che la modifica apportata dall'art. 9 della l. n. 30/2003 abbia reso «esplicito quel collegamento genetico e funzionale di tipo unidirezionale tra rapporto associativo e di lavoro, in precedenza avanzato in via interpretativa da parte della dottrina», e sancito «l'automatica estinzione del rapporto di lavoro con il venir meno del rapporto sociale».

(6) Cfr. De Angelis 2001; Rivero 2004.

lavoratore licenziato ed escluso dalla cooperativa per la presunta aggressione a un superiore gerarchico.

Il motivo d'impugnazione della sentenza d'Appello derivava dal fatto che il lavoratore, licenziato per giusta causa, con contestuale esclusione dalla compagine sociale, aveva impugnato il solo atto estintivo del rapporto di lavoro, e non la contestuale delibera di esclusione da socio, il che, a opinione della cooperativa ricorrente, avrebbe precluso ogni contestazione relativa al licenziamento.

La Cassazione, nel respingere il ricorso, afferma che la tutela risarcitoria da licenziamento illegittimo «non è inibita dall'omessa impugnazione della contestuale delibera di esclusione fondata sulle medesime ragioni», atteso che, a seguito dell'estinzione del rapporto di lavoro prodotto dalla delibera di esclusione, comunque si produce un danno in capo al socio lavoratore estromesso, da qualificarsi come «ingiusto» e, conseguentemente, risarcibile in base al meccanismo previsto dall'art. 8 della l. n. 604/1966, perché derivante da un licenziamento privo di valida motivazione.

2. — *Rapporto sociale e subordinazione: l'impostazione tradizionale* — Prima di pervenire alle conclusioni sopra riassunte, la Cassazione giudica opportuno ripercorrere le principali tappe che hanno contraddistinto l'evoluzione del sistema giuridico, con specifico riguardo al rapporto di lavoro del socio, procedendo a una «periodizzazione», distinta in diverse stagioni, scandite da principi formati all'incrocio tra dato positivo e diritto vivente.

In primo luogo, i giudici si soffermano a descrivere, col fine di denunciarne l'insufficienza, l'impostazione tradizionale, alla cui stregua il rapporto intrattenuto dal socio con la cooperativa non poteva ricondursi né all'area della parasubordinazione né, tantomeno, della subordinazione in senso stretto.

Tale impostazione, ben riassunta in alcune risalenti pronunce giurisprudenziali (7), considerava la prestazione svolta dal socio di cooperativa quale mero adempimento del contratto di società, caratterizzato dal comune interesse al perseguimento dello scopo sociale e dalla condivisione del rischio.

A conforto di questa prospettiva, viene richiamata la nota sentenza con cui il giudice delle leggi (8), nel dichiarare infondata l'eccezione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 2, l. 29 maggio 1982, n. 297 – nella parte in cui non prevedeva la tutela del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto anche a beneficio dei soci di cooperativa di produzione e lavoro (9) –, aveva escluso la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato proprio in ordine al rapporto del socio lavoratore, vincolato a un contratto che «lo rende partecipe dello scopo dell'impresa collettiva e corrispondentemente gli attribuisce poteri e diritti di concorrere alla formazione della volontà della società, di controllo sulla gestione sociale e infine il diritto a una quota di utili».

(7) Cfr., *ex multis*, Cass. 28.12.1989, n. 5813, S.U., in *GC*, 1990, I, 1537, con nota di Ferroni.

(8) C. cost. 5.2.1996, n. 30, in *D&L*, 1996, 616 ss.

(9) L'intervento del Fondo di garanzia Inps è stato esteso ai soci dall'art. 24, comma 1, legge 24.6.1997, n. 196.

Detta pronuncia non poteva lasciare indifferente la dottrina giuslavoristica, sia per l'indiscutibile autorevolezza del suo redattore, sia per i contenuti che vi si condensavano, d'immediato impatto: per Luigi Mengoni, estensore della decisione, il rapporto di lavoro subordinato si profila come un rapporto economico-sociale non omologabile ad altri rapporti «coinvolgenti la capacità di lavoro di una delle parti», come avviene, per l'appunto, in adempimento di contratti associativi quale quello del socio d'opera della comunità lucrativa di persone (10) o dell'associato in partecipazione con apporto di lavoro (11), poiché «la subordinazione in senso stretto» è «concetto più pregnante e insieme qualitativamente diverso».

Solo nel contratto di lavoro subordinato si riscontra, difatti, la condizione di doppia alienità dell'organizzazione produttiva, «sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo», e del risultato del lavoro, di cui altri sono immediatamente legittimati ad appropriarsi (12): una duplice condizione che, invece, non sussiste nel caso del rapporto del socio lavoratore con la propria cooperativa.

Nella sentenza del 1996, l'estensore riprende i concetti, già esposti in un saggio pubblicato nel 1971 (13), molto cari a quella parte della dottrina giuslavoristica maggiormente critica nei confronti dei restrittivi indirizzi giurisprudenziali in tema di subordinazione, troppo legati al requisito della eterodirezione: Massimo Roccella ha più volte insistito sulla centralità della decisione della Corte (14), al fine di legittimare un allargamento della fattispecie tale da consentire un ampliamento del raggio d'azione della protezione giuslavoristica e, d'altra parte, la medesima pronuncia si prestava al restringimento di quel campo, quando fosse coinvolto dal procedimento qualificatorio – come avviene, del resto, anche nel giudizio *a quo* – di un rapporto associativo, perché, in tale ipotesi, almeno sul piano formale, la condizione di estraneità del prestatore all'organizzazione e al risultato del lavoro non sussiste.

Ciò, indipendentemente dalla condizione di sottoprotezione cui sono esposti i soci lavoratori, atteso che, da un lato, i medesimi adempiono, a ogni modo, a un'obbligazione intrinsecamente contraddistinta dal connotato personalistico e, dall'altro, vi provvedono anche in contesti turbati, come rileva anche la sentenza in commento, dalla diffusione del fenomeno della cooperazione spuria o fraudolenta: a opinione dei giudici di legittimità, proprio la crescita di tale fenomeno ha contribuito a determinare un'inversione di rotta nel diritto vivente e poi nel campo del diritto positivo.

(10) Cfr. Romagnoli 1967.

(11) Cfr. Ferri 1987.

(12) Tutte le citazioni sono tratte da C. cost. 5.2.1996, n. 30, cit.

(13) Cfr. Mengoni 1971, 14; Romagnoli 1967, cit.

(14) Cfr. Roccella 2005, 51 ss. Così l'Autore: «Questa condizione di doppia alienità, espressiva della subordinazione in senso stretto o dipendenza che dir si voglia, e non l'eterodirezione, caratterizza, dunque, il tipo legale del lavoro subordinato e costituisce, a un tempo, per la Corte la ragione ultima dell'imputazione delle tutele del diritto del lavoro. Il rapporto tra subordinazione/dipendenza e subordinazione/eterodirezione, in altre parole, può essere considerato analogo a quello che corre tra sostanza e accidente; per dirla in termini meno letterari e più tecnici – conclude l'Autore – l'elemento di qualificazione del tipo contrattuale va identificato nella dipendenza (da intendersi secondo le indicazioni della Corte), e non nell'eterodirezione».

3. — *L'equilibrio tra rapporto associativo e rapporto di lavoro... in discussione* — L'esigenza di garantire ogni forma di lavoro sottoprotetto (15) ha favorito una *vis* espansiva del diritto del lavoro, la quale, sul finire degli anni novanta, ha coinvolto anche il lavoro nelle cooperative, come si deduce dagli orientamenti giurisprudenziali che, a cavallo tra i due secoli, hanno (finalmente) ceduto all'immediatezza dell'istanza protettiva (16), includendo anche il rapporto del socio in una «categoria contigua e interdipendente a quella del lavoro subordinato o parasubordinato» (17), così da riconoscere l'applicazione *tout court* della tutela giuslavoristica generalmente intesa (18) e quantomeno la tutela processuale, insieme a quella assicurata dall'applicazione dell'art. 2113 c.c. in tema di rinunzie e transazioni.

Analoga finalità ha ispirato la redazione della legge n. 142 del 2001, laddove, senza arrischiarsi a includere il rapporto mutualistico nell'alveo del diritto del lavoro subordinato, si è stabilito che, nell'ambito delle cooperative di produzione e lavoro, l'attività lavorativa resa dal socio va giuridicamente apprezzata sotto due diversi profili: in connessione con il rapporto mutualistico, nella logica propria del rapporto associativo, sussiste, infatti, un «ulteriore e distinto rapporto di lavoro», che può assumere natura giuridica diversa a seconda delle previsioni regolamentari e delle concrete modalità di estrinsecazione della prestazione lavorativa del socio, dandosi «in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali» (art. 1, l. n. 142/2001). Il regolamento dell'assemblea della cooperativa deve indicare anche la «tipologia dei rapporti che s'intendono attuare, in forma alternativa, coi soci lavoratori» (art. 6), fermi restando, anche in presenza di certificazione del medesimo regolamento (*ex* art. 83, comma 1, d.lgs. n. 276/03), il potere di disattendere le indicazioni della commissione di certificazione da parte del giudice in caso di discostamento tra la natura del rapporto certificato e le sue effettive modalità di svolgimento (art. 80, comma 2, d.lgs. n. 276/03) (19), e quello di accertare il carattere simulato del rapporto associativo, per omissione delle relative prerogative in capo al socio (art. 1, comma 2) e riconoscere la sussistenza di un normale rapporto di lavoro subordinato.

Questa stagione, contraddistinta da una duplicità di rapporti in collegamento necessario tra loro (20) perché finalizzati al perseguimento del fine mutualistico alla cui stregua, nella cooperativa, sarebbero offerte opportunità di lavoro a condizioni più favorevoli rispetto a quelle che offre il mercato (21), è stata caratterizzata forse dal livello di maggior equilibrio che il sistema abbia raggiunto.

Con la legge 14 febbraio 2003, n. 30, si apriva, tuttavia, già una nuova fase: l'art. 9 di tale normativa – unico articolo della legge n. 30 non bisognoso di decretazione

(15) Cfr. Romagnoli 1975.

(16) Per uno sguardo sulla giurisprudenza di quella fase cfr. Quaranta 2001.

(17) Cass. 30.10.1998, n. 10906, S.U., in *LG*, 1999, 3.

(18) Cfr. Cass. 3.3.1998, n. 2315, in *RIDL*, 1998, II, 486, secondo la quale «non sussiste alcuna insanabile contraddizione o incompatibilità tra la qualità di socio di cooperativa e la posizione di lavoro subordinato, ancorché quest'ultima sia coincidente con le finalità sociali».

(19) Nogler 2000.

(20) Nogler 2002.

(21) Sul fine mutualistico nelle cooperative di produzione e lavoro cfr. Venditti 1994.

attuativa – ha riformato, in modo significativo, alcune disposizioni della legge n. 142 entrata in vigore soltanto due anni prima, innanzitutto, come anticipato al par. 1, sopprimendo l'aggettivo «distinto» che qualificava il rapporto di lavoro; in secondo luogo, precisando, in tema di recesso, che con l'esclusione del socio era da considerarsi estinto pure il rapporto di lavoro, mentre «le controversie tra soci e cooperativa relative alla prestazione mutualistica» sarebbero state di competenza del giudice ordinario.

Senza indugiare, in questa sede, sulla materia del recesso e dei rimedi al licenziamento illegittimo – che sarà affrontata al paragrafo che segue –, deve rammentarsi come sia stato univoco, in dottrina, il giudizio sulla direzione del disequilibrio perseguito: il legislatore, forse preoccupato dallo spazio che il contenzioso lavoristico stava progressivamente guadagnando, ha aumentato la rilevanza del rapporto associativo, istituendo una prevalenza, talvolta apprezzata (22), più spesso criticata (23), di quest'ultimo sul rapporto di lavoro maggiormente improntata allo scambio contrattuale, in grado di riverberarsi anche sulla competenza attrattiva del giudice ordinario.

Per certo, detta prevalenza non ha potuto compromettere del tutto la rilevanza del rapporto di lavoro, poiché esso continua, in primo luogo, a essere qualificato come «ulteriore» dalla disposizione di apertura della normativa di riferimento e, in secondo luogo, a essere destinatario delle protezioni giuslavoristiche, ivi compresa l'integrale applicazione dello Statuto dei lavoratori, con adattamento alla posizione del socio dei soli diritti sindacali (24) ed esclusione di una sola norma (25), per quanto importante, della legge n. 300: l'art. 18.

4. — *Le divergenze di dottrina e giurisprudenza sul sistema rimediale applicabile al licenziamento illegittimo del socio escluso* — Come anticipato, centrale nella decisione in commento risulta la questione relativa al coordinamento tra le discipline applicabili in caso di estinzione del rapporto associativo e del rapporto di lavoro del socio lavoratore di cooperativa.

È proprio su questa materia che le avventure esegetiche maturate dopo la nuova disciplina del biennio 2001-2003 mostrano le difficoltà più profonde e le maggiori divergenze: esse abbracciano svariati temi sia sostanziali che di rito (26), il più rilevante dei quali concerne i rimedi applicabili alle ipotesi di licenziamento illegittimo del socio

(22) Cfr. Tartaglione 2003.

(23) Cfr. Ricci 2003.

(24) Ai sensi dell'art. 9, d.lgs. n. 276/03, l'esercizio dei diritti sindacali del Titolo III trova applicazione «compatibilmente con lo stato di socio lavoratore». Come ha osservato, in proposito, accorta dottrina (Cester 2005, 574), «quel che l'abolizione del carattere "distinto" del rapporto di lavoro lasciava solo intravedere si manifesta qui in modo palese, posto che l'applicazione della normativa statutaria sui diritti sindacali necessita di un filtro: la verifica di compatibilità».

(25) Si segnala, e solo per inciso, come, ad avviso di chi scrive, una delle «deroghe» *in peius* più significative alla protezione giuslavoristica sia quella relativa al trattamento economico del socio lavoratore, in particolare, nell'ambito dei «piani di crisi aziendali» di cui all'art. 6, comma 2, l. n. 142/2001.

(26) Dal punto di vista processuale, come noto, con ordinanza del 21.11.2014, n. 24917, la Cassazione, in sede di regolamento di competenza, ha affermato che in caso di esclusione del socio lavoratore di cooperativa e di cessazione del rapporto di lavoro è competente a decidere il giudice del lavoro.

lavoratore, in particolare quando questi sia destinatario di un provvedimento espulsivo la cui motivazione, incapace d'integrare le nozioni di giusta causa o il giustificato motivo, sia esattamente e precisamente la ragione che determina pure l'esclusione dalla compagine associativa.

Il problema attorno al quale orbitano le diverse opzioni interpretative, puntualmente ricostruite nelle ordinanze n. 13030/2017 e n. 13031/2017 del 24 maggio 2017, attiene alla tutela applicabile al socio lavoratore laddove quest'ultimo risulti colpito da due atti estintivi – l'uno di esclusione dalla cooperativa di cui è membro, l'altro di intimazione del licenziamento relativo al rapporto di lavoro che svolge –, in ragione della diversità di discipline che regolano i due rapporti, in necessaria connessione reciproca.

Al riguardo, nel tentativo di sciogliere, un volta per tutte, il nodo, i giudici di legittimità si domandano se permanga, anche per il socio lavoratore di cooperativa, la possibilità di fruire o meno della tutela assicurata dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla l. n. 92/2012, e, conseguentemente, se sul piano processuale sia o meno percorribile la corsia preferenziale introdotta dalla medesima riforma (cd. rito Fornero), nonché quale debba essere il regime della prescrizione applicabile in tali ipotesi.

Come ricostruito nelle ordinanze di rimessione, in base a un primo orientamento, per i giudici di legittimità sarebbe necessario, preliminarmente, individuare la ragione sostanziale che conduce all'esclusione, verificando se il motivo posto a base del provvedimento espulsivo del socio sia di carattere lavoristico o societario.

Nella prima ipotesi, infatti, sorretta da una lettura costituzionalmente orientata della disciplina, tesa a evitare un'indebita differenziazione tra lavoratori (art. 3 Cost.) per il solo fatto di rivestire la posizione del socio, con particolare riguardo al tema della stabilità del rapporto (art. 4 Cost.), si accorda prevalenza alla sua qualità di lavoratore; ricorrendone i presupposti, dunque, troverebbe applicazione la tutela di cui all'art. 18, l. n. 300/1970 (27), in particolare nelle ipotesi in cui la delibera di esclusione risulta fondata esclusivamente sull'intervenuto licenziamento: quindi, alla dichiarazione di illegittimità del licenziamento, sulla base di tale opzione ermeneutica, doveva conseguire anche quella di illegittimità della estromissione dalla compagine sociale.

Un opposto orientamento, valorizzando il principio riassunto nell'art. 5, comma 2, della legge n. 142 – in combinato disposto con l'art. 2533, comma 3, c.c., alla cui stregua «contro la deliberazione di esclusione il socio può proporre opposizione al tribunale, nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione» – considera più rispondente al dato positivo il principio di automatica estinzione del rapporto di lavoro a seguito della cessazione del rapporto associativo, anche arrivando a ritenere che la posizione del socio lavoratore non si sostanzierebbe in due rapporti «distinti» – aggettivo espunto dall'art. 1 della l. n. 142/2001 a seguito della novella del 2003 –, bensì in una fattispecie composita, nella quale i due risvolti della medesima relazione sono giuridicamente intrecciati da un'inscindibile connessione genetica e funzionale.

(27) Cass. 6.8.2012, n. 4143, in *Ced Cassazione*, 2012; Cass. 11.8.2014, n. 17868, in *Ced Cassazione*, 2014; Cass. 23.1.2015, n. 1259, in *RGL*, 2015, II, con commento di La Forgia S.; Cass. 10.2.2017, n. 3634, in *Ced Cassazione*, 2017.

In base a quest'indirizzo, da un lato, il socio lavoratore che viene escluso dovrebbe ritenersi contestualmente licenziato, sicché il solo modo per scongiurare la definitiva intangibilità degli effetti del licenziamento e del relativo apparato rimediabile consiste nella impugnazione della delibera di esclusione da socio, a pena di decadenza, nel termine di 60 giorni (art. 2533, comma 3, c.c.) con inapplicabilità, in ogni caso, dell'art. 18 St. lav. (28).

Sul piano dei rimedi rimarrebbe salva la tutela di diritto comune, nella sua duplice accezione ripristinatoria e risarcitoria. Sulla scorta di ciò, una volta rimosso il provvedimento di esclusione, il socio avrebbe diritto alla ricostituzione del rapporto associativo e del concorrente rapporto di lavoro, indipendentemente dall'applicazione dell'art. 18, l. n. 300/1970, in conformità alle previsioni dell'art. 2, l. n. 142/2001 (29).

Esattamente questo è il contrasto risolto dalla Cassazione nella decisione assunta a Sezioni Unite nella sentenza n. 27436 del 2017, la quale, escludendo le interpretazioni più estreme e radicali, assume una posizione, per così dire, intermedia, innanzitutto liquidando il rimedio reintegratorio dell'art. 18, poi – o almeno così ci sembra –, salvando l'applicabilità della tutela ripristinatoria di diritto comune, ove siano rispettati i tempi e i modi utili per annullare l'atto di estromissione dalla compagine societaria e, infine, relegando la tutela obbligatoria alle ipotesi in cui, pur essendo efficace la delibera di esclusione da socio, il licenziamento è comunque giudicato illegittimo e, pertanto, produttivo di danno al lavoratore estromesso dal rapporto con la cooperativa, considerato nella sua duplicità.

Rimane il fatto che, riguardo all'ultima ipotesi menzionata, per le espulsioni riguardanti lavoratori che abbiano instaurato un rapporto di lavoro in epoca successiva al 7 marzo 2015, la tutela prevista è quella disciplinata dal d.lgs. n. 23 del 2015, attuativo della l. n. 183/2014 (*Jobs Act*), la quale prevede, come ben noto, che l'indennità risarcitoria debba essere limitata, a seconda della sussistenza del requisito dimensionale, a una o due mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità di servizio.

5. — *La soluzione delle Sezioni Unite* — Tenendo ben presenti i diversi orientamenti di dottrina e giurisprudenza sopra sommariamente segnalati, nella sentenza in epigrafe la Corte assume un punto di vista, per così dire, intermedio e prudente, respingendo anzitutto le torsioni moniste, affacciatesi nel dibattito dottrinale già all'indomani della novella del 2003, quando, come ricordato *supra*, non era mancato chi (30), condividendo la scelta operata dal legislatore, l'aveva giudicata sintomatica di una *reductio ad unum* dei due rapporti, unificati sotto il segno del rapporto associativo, in grado di assorbire il rapporto di lavoro al punto da rendere ultroneo un atto di recesso dal rapporto di lavoro in costanza di una delibera di esclusione da socio. La sentenza in commento mostra di respingere anche le posizioni dottrinali

(28) Cfr. Ratti 2008.

(29) Cfr. Cass. 5.7.2011, n. 14741, cit., in *FI*, 2011, n. 9, I, 2263, laddove si afferma: «rimosso il provvedimento di esclusione, il socio avrà diritto alla ricostituzione del rapporto associativo e del concorrente rapporto di lavoro, indipendentemente dall'applicazione dell'art. 18 dello Statuto»; vd. anche, a titolo esemplificativo, Cass. 18.3.2014, n. 6224, in *Ced Cassazione*, 2014, e Cass. 12.2.2015, n. 2802, in *Ced Cassazione*, 2015.

(30) Cfr. Tartaglione 2003, cit.

più radicali, che, mostrando indifferenza alla modifica legislativa del 2003, avevano ritenuto di confermare le conclusioni cui si era pervenuti all'indomani della riforma del 2001 e di negare l'unidirezionalità del collegamento tra i due rapporti, ammettendo la reintegrazione nel posto di lavoro *ex art. 18 St. lav.* ogniquale volta il rapporto associativo fosse cessato in virtù delle motivazioni poste a base dell'intimato licenziamento al socio lavoratore (31).

Per i giudici di legittimità, un'impostazione del genere è da respingere perché «determina il capovolgimento della relazione di dipendenza prefigurata dal legislatore tra l'estinzione del rapporto associativo e quella del rapporto di lavoro», quando invece il comma 2 dell'art. 5 la istituisce, chiarendo che il socio non può essere lavoratore quando perda la qualità di socio.

Ciò non toglie, tuttavia, che in caso d'illegittimità del licenziamento sia dovuta una tutela risarcitoria quale quella riconosciuta dall'art. 8 della l. n. 604 del 1966, indipendentemente dalla mancata impugnazione della delibera d'esclusione da socio. Detta omissione, infatti, preclude certamente l'applicazione di un regime rimediale di tipo restitutorio, essendosi prodotto, a seguito di una delibera di esclusione pienamente efficace, l'effetto estintivo sul rapporto di lavoro, ma non il risarcimento *ex art. 8*, ove il socio abbia subito un danno ingiusto perché vittima di un licenziamento ingiustificato (32).

La soluzione prediletta dalla Cassazione trova conforto tecnico nella circostanza della «autonomia delle tutele», relative a due rapporti cui corrispondono altrettanti atti estintivi, capaci di pregiudicare, ancorché con le medesime ragioni, due beni diversi quali lo *status socii* e la condizione di lavoratore, ma dietro questo paravento non riesce a celare fino in fondo un tratto salomonico: sono gli stessi giudici a confessarlo, appena prima di enunciare la massima riportata in epigrafe, quando, a conclusione del proprio ragionamento, qualificano la scelta cui sono pervenuti come «l'opzione più coerente con le esigenze di tutela e garanzia» del socio lavoratore, «il quale pur sempre, nonostante partecipi alla realizzazione dello scopo mutualistico, permane anello debole della combinazione sintetizzata nel lavoro cooperativo».

Rimane aperta la questione di quale sia, dopo la pronuncia in commento, la tutela del socio lavoratore che invece impugna tempestivamente sia il licenziamento che la

(31) Così Roccella 2015, 74, nota 55.

(32) Cfr. Riversono 2018, 25. L'Autore, in particolare, sottolinea come la sentenza in commento abbia «costruito una inedita fattispecie risarcitoria; in cui mentre rimane ferma l'efficacia dell'estinzione del rapporto di lavoro per mancata impugnazione della delibera di esclusione, residua un autonomo giudizio risarcitorio che si svolge sul licenziamento coinvolgendo però la stessa esclusione; dato che – dice la Corte – il danno nasce dall'effetto estintivo del rapporto prodotto dalla delibera non impugnata si sostiene che la delibera di esclusione, efficace perché non impugnata, possa generare un danno ingiusto in relazione all'estinzione del rapporto di lavoro; e tuttavia rimarrebbe efficace e in vita e che sarebbe conoscibile a meri fini risarcitori, integrando un fatto ingiusto [...] Ciò in base alla scelta del titolare della situazione protetta che agisce in giudizio per ottenere la tutela risarcitoria. Un danno che ha più le caratteristiche di una mera sanzione, a seguito della ritenuta necessità di intimare comunque un licenziamento che non mira a produrre effetti estintivi. Un danno che si produrrebbe mentre (e perché) rimane fermo l'effetto legale estintivo del rapporto di lavoro che discende *ex lege* dall'atto di esclusione legittimo ed efficace per mancata impugnazione».

delibera di esclusione. Come si chiede la dottrina all'indomani della sentenza, se si esclude – ma tale esito non può dirsi scontato (33) – la tutela reintegratoria dell'art. 18 St. lav., al socio andrà riconosciuta la tutela ripristinatoria e risarcitoria di diritto comune per l'illegittimità della delibera di esclusione e la tutela obbligatoria della l. n. 604 sul licenziamento (34)?

Secondo quanto già affermato anche in giurisprudenza (35), al socio lavoratore, in applicazione delle regole civilistiche di cui agli artt. 1324 e 1418 c.c. in materia di invalidità degli atti unilaterali (36), potrebbe riconoscersi una tutela ripristinatoria con ricostituzione del rapporto sociale e di quello di lavoro, oltre al risarcimento del danno.

Si ritiene, infatti, che l'esclusione di una tutela integralmente ripristinatoria possa avere senso solo rispetto al socio i cui gravi inadempimenti delle obbligazioni derivanti dal contratto associativo comportino la perdita dell'*affectio societatis* e l'impossibilità per la cooperativa di vedersi condannata a rimettere nella propria compagine un soggetto privo dei requisiti minimi per la partecipazione alla vita della cooperativa stessa e per il mantenimento dello *status* di socio lavoratore. Quando tali condizioni non ricorrono, come appunto nel caso in cui la delibera di esclusione, tanto quanto il licenziamento, si rivelino illegittimi, non vi è ragione per escludere l'applicabilità di tale rimedio.

Riferimenti bibliografici

- Biagi M. (1983), *Cooperative e rapporti di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
Biagi M. (1999), voce *Lavori (rapporti associativi di)*, in *EGT*, XVIII.
Cester C. (2005), *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa: una controriforma? (Prime osservazioni sull'art. 9 della legge 14 febbraio 2003, n. 30)*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 569 ss.
Cosattini L.A. (2017), *Licenziamento del socio di cooperativa: nuove frontiere per l'applicazione dell'art. 18 St. lav.*, in *LG*, n. 4, 372 ss.
De Angelis L. (2001), *Il lavoro nelle cooperative dopo la l. n. 142/01: riflessioni a caldo su alcuni aspetti processuali*, in *LG*, 813 ss.
De Angelis L. (2003), *Spunti in tema di lavoro cooperativo dopo la l. 14 febbraio 2003, n. 30*, in *FI*, V, 154 ss.

(33) Uno spunto interessante si ritrova nella recente sentenza del Tribunale di Milano n. 1217 del 9.5.2018 – Est. Di Leo – (inedita a quanto consta), che invece afferma, con riguardo all'applicazione dell'art. 18 St. lav.: «Non appare potersi giungere alla soluzione ermeneutica differente proposta nella menzionata pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 27436/17, che, per l'eventualità dell'esclusione a cui segue il recesso dal rapporto di lavoro ex art. 5, c. 2, della legge n. 142/01, pare ipotizzare una semplice tutela civilistica in luogo dell'articolo 18 St. lav. Infatti, se così fosse, si verrebbe ad adottare una soluzione esegetica che produrrebbe il risultato di differenziare, nelle conseguenze sanzionatorie, fattispecie del tutto assimilabili quanto a gli effetti sostanziali.

(34) Cfr. *Riverso* 2018, 25, cit.

(35) Cfr., *supra*, nota n. 28.

(36) Cfr., in dottrina, *Cosattini* 2017.

- Ferluga L. (2005), *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari: riflessioni sulla l. n. 142/2001 e successive modifiche*, Giuffrè, Milano.
- Ferri G. (1987), *L'associazione in partecipazione*, in *DDPComm.*, I, 505 ss.
- Imberti L. (2008), *La disciplina del socio lavoratore tra vera e falsa cooperazione*, in *RGL*, n. 3, I, 387 ss.
- Mengoni L. (1971), *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano.
- Montuschi L., Tullini P. (2002), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato. Commento alla legge 3 aprile 2001, n. 142*, Giappichelli, Torino.
- Nogler L. (2000), *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 113 ss.
- Nogler L. (2002), *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative*, in Nogler L. et al. (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratori e di cooperativa*, in *NLC*, 357 ss.
- Pallini M. (2004), *Il rapporto di lavoro del socio di cooperativa dopo le riforme del 2003*, in *RGL*, n. 2, I, 203 ss.
- Quaranta C. (2001), *La tutela del lavoro in cooperativa: «resistenze» e «innovazione» nella recente giurisprudenza*, in *DML*, 175 ss.
- Ratti L. (2008), *Mutualità e scambio nella prestazione di lavoro del socio di cooperativa*, in *ADL*, I, 749 ss.
- Ricci G. (2003), *Il lavoro nelle cooperative tra riforma e controriforma*, in *DLM*, 321 ss.
- Riverso R. (2004), *La nuova disciplina delle competenze sulle controversie tra socio e cooperativa*, in Montuschi M., Tullini P. (a cura di), *Le cooperative ed il socio lavoratore. La nuova disciplina*, Giappichelli, Torino, 69 ss.
- Riverso R. (2018), *Il socio lavoratore di cooperativa ed il ritorno all'antico delle Sezioni Unite n. 27436/2017*, in *LG*, n. 1, 25 ss.
- Roccella M. (2005), *Manuale di diritto del lavoro*, VI ed., a cura di Gottardi D., Guarriello F., Giappichelli, Torino.
- Romagnoli U. (1967), *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano.
- Romagnoli U. (1975), *Sub Art. 3, comma 2*, in Branca G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 162 ss.
- Tartaglione L. (2003), *Le modifiche alla disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, in *GL*, 70 ss.
- Venditti C. (1994), *Causa e scopo mutualistico delle cooperative sociali*, in *Diritto e giurisprudenza*, 19 ss.
- Zoli C. (2005), *Le modifiche alla riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 1139 ss.

Stefania Mangione
Avvocato in Bologna

CASSAZIONE, 17.11.2017, n. 52578, S. V pen. – Pres. Bruno, Est. Fidanzia, P.M. Aniello (conf.) – C.L. e C.V. (avv. Spera) c. P.M. (avv. Vergine).

Conf. Tribunale di Bari, 24.2.2016.

Potere direttivo – Diritto di critica – Limiti – Potere disciplinare del dirigente pubblico – Non rileva.

Ai fini della sussistenza della scriminante penale del diritto di critica, nell'ambito di una relazione lavorativa, è essenziale accertare la cd. continenza delle esternazioni del lavoratore, in questo caso di un dirigente nei confronti di un sottoposto. Bisogna, dunque, valutare se esse si siano limitate alla censura di una condotta lavorativa ovvero siano trasmodate in un attacco alla persona. Non rilevano, pertanto, il dovere in capo al dirigente di esercitare il potere disciplinare ovvero la correttezza del suo operato amministrativo. (1)

(1) SUI LIMITI AL DIRITTO DI CRITICA NEI CONFRONTI DEL SOTTOPOSTO

1. — La sentenza qui annotata offre interessanti spunti di riflessione sui limiti al diritto di critica quando a esserne titolare sia un dirigente pubblico.

Com'è noto, tale categoria lavorativa presenta rilevanti tratti di specificità: primo tra tutti l'essere al contempo prestatore e datore di lavoro (Bavaro 2010; Bellavista 2010; Boscati 2014; Mainardi 2010; Spinelli 2012; Tenore 2010; Villa 2013). Il caso in esame, nell'imporre un bilanciamento tra legittimo esercizio del diritto di critica del lavoratore (Pace, Petrangeli 2001) e corretto adempimento di doveri tipici della figura dirigenziale, permette proprio di comprendere quanto sia forte la tensione tra i due ruoli. Ciò specialmente nelle ipotesi in cui l'oggetto del dissenso sia la modalità di svolgimento dell'attività lavorativa del soggetto gerarchicamente subordinato e, quindi, il temperamento vada operato con il potere/dovere di attivare un procedimento disciplinare; eventualmente anche attraverso la segnalazione all'ufficio disciplina dei fatti di cui abbia avuto conoscenza (Art. 55-*sexies*, d.lgs. n. 165/01; originario art. 55-*bis*, d.lgs. n. 165/01, come modificato dal d.lgs. n. 150/09. In dottrina, Voza 2011).

La vicenda prende le mosse dalla querela per diffamazione *ex art.* 595 c.p. da parte di un lavoratore nei confronti della dirigente del proprio ufficio. A quest'ultima veniva addebitato di aver inviato una lettera diffamatoria al Ministero di appartenenza e alla Biblioteca nazionale di Bari nella quale lamentava l'inadeguatezza del dipendente a ricoprire incarichi di responsabilità. Egli, secondo la dirigente, aveva «ritardato, eluso, omesso e ostacolato ogni sua direttiva intesa al rilancio dell'istituto affidatole e al benessere organizzativo dei lavoratori che vi prestano servizio». Per di più, «con una vera e propria campagna denigratoria nei suoi confronti aveva arrecato grave nocumento alla sua dignità personale e professionale, nonché all'immagine dell'istituto e agli interessi dei lavoratori». Pertanto non era possibile transigere sulla lentezza e inescusabile negligenza della persona offesa nell'adempiere ai doveri inerenti agli uffici Tutela, Restauro e Catalogazione.

La Corte, nel confermare la sentenza pronunciata in appello, assolve l'imputata perché applicabile la scriminante del diritto di critica, *ex art.* 51 c.p. Diritto che, ai sensi degli artt. 21 Cost. e 10 Cedu, è il «più alto, forse, dei diritti primari» (Tra le tante, la storica C. cost. 8.9.1971, n. 168) e il fondamento della società democratica (Così C. Edu 25.5.1993, n. 14307/88, *Kokkinakis c. Grecia*, in *DeJure*; C. cost. 2.5.1985, n. 126, in *DeJure*).

2. — Il rango costituzionale multilivello del diritto di critica non lo rende esente da stringenti condizionamenti, elaborati in via giurisprudenziale. Più precisamente, per il suo riconoscimento è fondamentale che sussista tanto la verità dei fatti quanto la pertinenza dell'argomentazione, nonché la correttezza e civiltà del linguaggio utilizzato. Si parla di continenza formale e sostanziale, richiesta sia in ambito penale, al fine di escludere la diffamazione, sia nel settore civile e giuslavoristico (Tra le tante, nel settore penalistico, Cass. pen. 17.10.2017, n. 51619, S. V, in *D&G*, 2017, 14 novembre; Cass. pen., feriale, 21.9.2017, n. 43139, in *DeJure*; Cass. pen. 20.8.2015, n. 35013, S. V, in *D&G*, 2015, 31, con nota di Minnella, 74. In ambito giuslavoristico, cfr. Cass. 18.10.1984, n. 5259, in *FI*, 1984, I, 2711; Cass. 25.2.1986, n. 1173, in *FI*, 1986, I, 1877, con nota di O. Mazzotta; Cass. 8.7.2009, n. 16000, e Cass. pen., 15.4.2009, n. 15752, in *RGL*, 2010, n. 1, II, con nota di Frontini, 71; Cass. 10.12.2008, n. 29008, in *RGL*, 2009, n. 3, II, con nota di Caponetti, 601; Cass. 23.5.2012, n. 4707, in *RGL*, 2012, n. 3, II, con nota di Siotto, 518; Cass. 16.2.2017, n. 4125, in *Ilgiuslavorista.it*, 2017, con nota di Staropoli, 395. Cfr. anche C. App. Roma 6.2.2007, in *RGL*, 2008, n. 2, II, con nota di Vitale, 459; T. Ascoli Piceno 3.7.2009, ord., n. 696, in *RGL*, 2010, n. 1, II, con nota di Terenzio, 198).

La sentenza in esame si pone in continuità con numerosi precedenti giurisprudenziali, e richiede sostanzialmente una moderazione, proporzione e misura della condotta tale da non ledere gratuitamente l'onore e il decoro della persona (Manna 2003). Infatti, la Corte valuta se l'esercizio del potere gerarchico o, comunque, di sovraordinazione della dirigente abbia superato i limiti con espressioni «contenenti un'intrinseca valenza mortificatrice della persona e dirette alla figura morale del dipendente», idonee in tal modo a tradursi «in un attacco personale sul piano individuale, che travalichi ogni ammissibile facoltà di critica» (Cass. pen. 21.1.2009, n. 6758, S. V, in *DeJure*). La legittimità della missiva, in altre parole, è data dall'assenza di un'attribuzione – anche mediata – di qualità negative e spregevoli della persona nell'ambito della censura del comportamento lavorativo (Cass. pen. 18.5.2017, n. 36695, S. V, in *DeJure*). Non costituiscono, dunque, illecito «le contestazioni che non censurino la persona in sé e per sé considerata ma la condotta professionale del dipendente (Cass. pen. 24.6.2008, n. 31624, S. V)». Di conseguenza, è proprio in ragione del giudizio «pesantemente negativo» della «sola» condotta lavorativa del soggetto che, nel caso di specie, la Cassazione evidenzia la piena applicabilità della scriminante del diritto di critica (Uguale orientamento in C. Edu 16.3.2010, n. 17590/02, *Papaianopol c. Romania*, in www.europeanrights.eu).

Premesso che anche lo svolgimento dell'attività professionale concorre all'affermazione e allo sviluppo della personalità – lesa, quindi, in egual maniera –, è evidente come il giudizio si esaurisca totalmente con la disamina dei cd. limiti interni (Rivara 2002. Sui limiti, anche Aimo 1999; Bonardi 2007; Cairo 2017; Campanella 2015).

Ciò nonostante la critica, diversamente dalla cronaca, soggiaccia anche al limite dell'interesse pubblico o sociale a essa attribuibile (Già Cass. pen., 8.4.1998, n. 761, S. V, in *DeJure*; Cass. 25.2.1986, n. 1173, cit.; Cass. civ. 27.4.1998, n. 4285, S. III, in *GI*, 1999, 1, con nota di Facci, 7; C. App. Roma 15.4.2016, in *RGL*, 2016, n. 4, II, con nota di Valenti, 502). Infatti, la reputazione – professionale e non – si ritiene «sacrificabile» solo in caso di sussistenza di un interesse generale che, pur potendo non essere di tutti i cittadini, quantomeno deve riguardare la categoria di soggetti ai quali si indirizza la comunicazione (Cass. civ. 31.1.2018, n. 2357, S. III, in *De&G*, 2018, 19, con nota di Giagnotti, 7). Pertanto, nel caso di specie andrebbe ricercato il giusto equilibrio tra interessi delle istituzioni pubbliche e diritto di critica (Richiesto già con la sentenza della C. Giust. 6.3.2001, C-274/99, *Connolly c. Commissione delle Comunità europee*), specialmente considerando il buon andamento e l'integrità della pubblica amministrazione.

3. — In questa prospettiva, la condotta della dirigente rischia di porsi al confine tra legittimo esercizio del diritto di critica del lavoratore – o, meglio, del diritto/dovere di «denuncia» di comportamenti illeciti (Cass. 24.1.2017, n. 1752, in *LG*, 2017, n. 6, con nota di Salazar, 579) oggi riconducibile al cd. *whistleblowing*, ex art. 54-bis, d.lgs. n. 165/01 (Avio 2018, e la bibliografia ivi richiamata; Riccio 2017) – e abuso dello stesso per il perseguimento di finalità meramente egoistiche. Ciò perché in caso di lentezza e negligenza nell'adempire all'attività lavorativa, e quindi di «scarso rendimento», il dirigente ha l'obbligo di perseguire l'interesse pubblico attivando il procedimento disciplinare esclusivamente nelle modalità tipizzate dal d.lgs. n. 165/2001 e sue modificazioni e integrazioni. (Sugli obblighi del dipendente pubblico: Borgogelli 2009; Mainardi 2011; Salomone 2008; Tullini 2014. Sullo scarso rendimento in generale: Cass. 3.5.2003, n. 6474, in *DL*, 2005, II, 98; Cass. 5.3.2003, n. 3250, in *RGL*, 2003, n. 2, II, 509. In dottrina, cfr., tra gli altri, Luciani 2012).

Del resto, tale aspetto è messo in evidenza proprio dalla parte ricorrente, che, nei motivi di impugnazione, sottolinea come le formalità poste in essere dalla dirigente non siano previste nella legge che regola il rapporto di pubblico impiego, la quale prevede solo la possibilità di inviare lettere di encomio o avviare il procedimento disciplinare.

La Corte, comunque, non ritiene persuasivo tale assunto. Infatti, essa, oltre a evidenziare che in sede penale vada valutata la rilevanza delle espressioni contenute nella missiva e non la correttezza amministrativa dell'operato della prevenuta, sottolinea come «a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 165/01, il rapporto di pubblico impiego è stato attratto nell'orbita civilistica [...] con la conseguenza che anche il potere disciplinare del datore di lavoro pubblico ha assunto una connotazione più marcatamente privatistica».

La prospettiva della Corte di ampliare le forme di manifestazione del potere disciplinare attraverso il richiamo alle norme civilistiche è apprezzabile; purtroppo si scontra con l'attuale assetto normativo, che, nel contrarre gli spazi di discrezionalità gestionale e sancire la sostanziale obbligatorietà di tale potere, si allontana sempre più da una compiuta contrattualizzazione (Esposito 2018).

Del resto, è palese come il d.lgs. n. 150/09 e, in continuità con esso, la cd. riforma Madia si prestino facilmente a letture interpretative – come quella della parte ricor-

rente – totalmente preclusive della legittimità di forme «atipiche» di esercizio del potere sanzionatorio. Così che la condotta posta in essere «fuori dagli schemi» dalla dirigente non solo rende la lettera priva di qualsiasi valenza giuridica – pur potendo astrattamente rappresentare un atto preliminare all'attivazione di un procedimento disciplinare –, ma rischia, altresì, di essere a sua volta oggetto di procedimento disciplinare o, addirittura, penale, come nel caso di specie.

Ciò permette di comprendere quanto l'attuale quadro normativo renda, su un piano operativo ma anche giurisprudenziale, davvero difficile «fare pratica nell'esercizio di un potere datoriale peculiare come quello sanzionatorio: un potere che implica *scientia tecnica e conscientia applicativa*» (Gargiulo 2018, 250).

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (1999), *Appunti sul diritto di critica del lavoratore*, in *RGL*, n. 3, II, 455 ss.
- Avio A. (2018), *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nella l. 30 novembre 2017, n. 179*, in Esposito M. et al., *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 306 ss.
- Bavaro V. (2010), *Il potere disciplinare*, in Carabelli U., Carinci M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 217.
- Bellavista A. (2010), *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *GDLRI*, n. 125, I, 87 ss.
- Bonardi O. (2007), *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, in Cester C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 725 ss.
- Borgogelli F. (2009), *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 423 ss.
- Boscato A. (2014), *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *LPA*, n. 3-4, I, 525 ss.
- Cairo I. (2017), *Il diritto di critica del lavoratore*, in *VTDL*, n. 1, 177 ss.
- Campanella P. (2015), *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 43 ss.
- Esposito M. (2018), *Responsabilità disciplinare e reintegrazione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Treccani, 365 ss.
- Gargiulo U. (2018), *Il licenziamento disciplinare*, in Esposito M. et al., *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 249 ss.
- Luciani V. (2012), *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *MGL*, n. 10, 757 ss.
- Mainardi S. (2010), *Il «dovere» del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *GI*, n. 12, 2717 ss.
- Mainardi S. (2011), *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo e ritorno*, in Carinci F., Mainardi S. (a cura di), *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Ipsoa, Milano, 451 ss.
- Manna A. (2003), *Il diritto di cronaca, di critica, di denuncia e la diffamazione: «gli arresi giurisprudenziali»*, in *Cassazione penale*, n. 11, 3600 ss.
- Pace A., Petrangeli F. (2001), voce *Cronaca e critica (diritto di)*, in *ED*, Giuffrè, Milano, 303 ss.

- Pantano F. (2012), *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Cedam, Padova.
- Riccio A. (2017), *La tutela del whistleblower in Italia*, in *GDLRI*, n. 1, 139 ss.
- Rivara A. (2002), *Riflessioni sul diritto di critica del lavoratore nell'ordinamento italiano e comunitario*, in *LD*, 3, I, 415 ss.
- Salomone R. (2008), *Scarso rendimento e lavoro pubblico: perché no?*, in *LPA*, n. 1, I, 37 ss.
- Spinelli C. (2012), *Il datore di lavoro pubblico*, Cacucci, Bari.
- Tenore V. (2010), *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Giuffrè, Milano.
- Tullini P. (2014), *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 229.
- Villa E. (2013), *Il fondamento del potere disciplinare nel lavoro pubblico privatizzato alla luce delle più recenti riforme*, in *LPA*, n. 6, I, 967 ss.
- Voza R. (2011), *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *LPA*, n. 5, I, 647 ss.

Emilia D'Avino
Dottoressa di ricerca
presso l'Università di Napoli «Parthenope»

CASSAZIONE, 24.10.2017, n. 25147 – Pres. Nobile, Est. Garri, P.M. Sanlorenzo (conf.) – A.A. (avv.ti Bagianti, Zaganelli) c. Kemon Spa (avv.ti De Marchis, Valdina).

Conf. Corte d'Appello di Perugia, 15.6.2015.

Fedeltà – Art. 2105 c.c. – Sottrazione di dati aziendali – Illegittimità – Irrilevanza della sussistenza di un danno attuale per l'impresa – Legittimità del licenziamento.

Il dovere di fedeltà sancito dall'art. 2105 c.c. si sostanzia nell'obbligo del lavoratore di astenersi da attività contrarie agli interessi del datore di lavoro, tali dovendosi considerare anche quelle che, sebbene non attualmente produttive di danno, siano dotate di potenziale lesività. (1)

(1) SOTTRAZIONE DI DATI AZIENDALI: LA LESIONE
DEL VINCOLO FIDUCIARIO È *IN RE IPSA*

1. — La Corte di Cassazione, con la sentenza oggetto del presente contributo, torna a pronunciarsi sul tema del licenziamento per violazione dell'obbligo di fedeltà sancito dall'art. 2105 c.c.

Oggetto d'impugnazione è stata la sentenza della Corte d'Appello di Perugia che ha riconosciuto la legittimità del licenziamento irrogato a un lavoratore per aver trasferito un ingente numero di *file* e dati aziendali su un supporto Usb di sua proprietà.

Pur non avendo egli divulgato i dati aziendali sottratti, la Corte d'Appello di Perugia ha comunque ricondotto la condotta perpetrata dal dipendente alla fattispecie di giusta causa tipizzata dall'art. 52 del Ccnl applicabile ai dipendenti di aziende chimiche, il quale annoverava fra le ipotesi di giusta causa di recesso sia il «furto o danneggiamento volontario di materiale dell'impresa» (lett. *e*) sia il «trafugamento di schede di disegni di macchine, di utensili o comunque di materiale illustrativo di brevetti o di procedimenti di lavorazione» (lett. *f*).

Ad avviso del ricorrente, quindi, la Corte territoriale avrebbe omissis di accertare l'insussistenza di uno dei fatti oggetto di contestazione disciplinare (la divulgazione). Essa, inoltre, avrebbe erroneamente ritenuto che la mera copiatura dei documenti fosse condotta lesiva *ex se* del vincolo fiduciario, senza considerare che i *file* copiati erano privi di *password*. Ha concluso dunque che, alla luce di tali circostanze, la condotta sanzionata avrebbe dovuto essere ricondotta non alla fattispecie *ex art.* 52 del Ccnl, bensì a quella di cui all'art. 51 del medesimo Ccnl (utilizzo improprio degli strumenti di lavoro aziendali).

La Suprema Corte, tuttavia, ha confermato integralmente la sentenza impugnata, confermando quindi la legittimità del licenziamento irrogato.

2. — La sentenza *de qua* appare particolarmente interessante, giacché acuisce quella contrapposizione tra dottrina e giurisprudenza che ha da sempre contraddistinto l'esegesi dell'art. 2105 c.c.

Seppur concordi nel ritenere che la finalità della norma codicistica sia la tutela della capacità di concorrenza dell'impresa e della sua posizione sul mercato (Fra tutti: Napoli 1980, 211; più di recente, analizza lo stretto rapporto tra art. 2105 c.c. e art. 2125 c.c., Boscati 2010, 34), dottrina e giurisprudenza hanno assunto posizioni divergenti in ordine al significato da attribuire ai divieti prescritti dall'art. 2105 c.c.

Da un lato, infatti, la dottrina maggioritaria (Oltre agli Autori citati in precedenza, Smuraglia 1967, 292, e Liso 1982, 58) ritiene che dalla norma non sarebbe ricavabile un generico obbligo di fedeltà del lavoratore, e ciò indipendentemente dal testo della rubrica della stessa norma, che sarebbe un mero termine impropriamente riassuntivo degli obblighi ivi prescritti.

La giurisprudenza maggioritaria, dall'altro lato, proprio partendo dall'interpretazione letterale della rubrica dell'art. 2105 c.c., adotta una nozione ampia dell'obbligo di fedeltà, il quale ricomprenderebbe non solo i comportamenti vietati per espressa previsione legislativa, ma anche tutti quelli contrari ai doveri sottesi al coinvolgimento stabile e duraturo del lavoratore nell'organizzazione d'impresa (Cass. 14.6.2004, n. 11220, in *LG*, 2004, 1292). L'ampiezza della nozione giurisprudenziale si è spinta, soprattutto nelle pronunce più recenti (*Ex multis*: Cass. 9.1.2015, n. 144, in *LG*, 2015, n. 6, 599, con nota di Gallo; in dottrina, invece, Tatarelli 2015, 175), sino a integrare il contenuto dell'art. 2105 c.c. con i generali doveri di correttezza e buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., anche se non è mancato chi (Del Punta 2016, 462) ha rilevato l'inconferenza di tali riferimenti essendo riferibili a qualsiasi tipologia di debitore genericamente inteso.

In un certo senso, tali orientamenti attribuiscono rilievo predominante all'elemento fiduciario tipico del rapporto di lavoro: secondo parte della dottrina (Tosi 2012, 540) la fiducia «si presta a essere riferita alla fase dinamica di un rapporto di durata, anche per l'etimologia, "affidamento", basata sulla valutazione proiettiva della probabile continuità di detta rispondenza».

La sentenza in commento aderisce espressamente all'orientamento giurisprudenziale innanzi richiamato, rilevando come l'obbligo di fedeltà *ex art.* 2105 c.c. si sostanzia «nell'obbligo del lavoratore di astenersi da attività contrarie agli interessi del datore di lavoro, tali dovendosi considerare anche quelle che, sebbene non attualmente produttive di danno, siano dotate di potenziale lesività».

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, un'interpretazione troppo ampia dell'art. 2105 c.c. potrebbe allargare eccessivamente l'obbligazione del prestatore di lavoro: il dovere di fedeltà di quest'ultimo, infatti, se non può certamente essere limitato alle due sole fattispecie espressamente previste dalla norma, non può, però, nemmeno estendersi in maniera «incontrollata» col rischio di apparire indeterminato per il prestatore di lavoro stesso. Un ausilio potrebbe derivare dalla contrattazione collettiva con un'attenta e puntuale definizione delle fattispecie rilevanti sotto il profilo disciplinare, anche se talvolta proprio le fonti collettive peccano di eccessiva indeterminazione (Si vd., ad esempio, il contratto collettivo nazionale per i dipendenti degli istituti di credito).

L'eccessiva indeterminazione dell'obbligo di fedeltà, peraltro, pare evidente con riferimento alla fattispecie *de qua*: la Corte di Cassazione, infatti, ha ritenuto sufficiente, per ledere il vincolo fiduciario, la sottrazione da parte del lavoratore di dati aziendali senza la loro divulgazione a terzi.

La distinzione tra uso e divulgazione è stata oggetto di accurata analisi in dottrina.

Essa, in particolare, ha scomposto il divieto posto dall'art. 2105 c.c. in due fattispecie: da un lato, la mera divulgazione di notizie che parrebbe pregiudizievole *ex se* e, dall'altro, l'utilizzazione delle notizie che, invece, sarebbe illecita soltanto se pregiudizievole per l'impresa (Si vd. Bellomo 2013, 325). Distinzione autorevolmente criticata (Su tutti: Cessari 1970, 33, nonché più di recente Boscati 2011, 995, e Vallebona 2008, 139) da chi ha ritenuto che essa fosse fin troppo improntata a un'interpretazione letterale della norma: anche la divulgazione, pertanto, per essere contraria all'art. 2105 c.c., deve essere pregiudizievole per l'impresa, e tale pregiudizio deve essere provato in giudizio.

La giurisprudenza di legittimità, invece, è parsa meno incline a operare tale distinzione (Si vd., ad es., Cass. 13.9.2006, n. 19554, in *FI*, 2007, I, 119) giungendo quasi a confondere le due fattispecie, tanto da far ritenere (Malizia 2013, 595) che i due termini vengano in questo modo utilizzati e sovrapposti impropriamente.

Nella fattispecie concreta sottesa alla sentenza in esame, tuttavia, pare difficile riuscire a configurare una ipotesi di «uso» o di «divulgazione» di dati aziendali: la condotta contestata al lavoratore è stata infatti quella della sottrazione di dati appartenenti alla società e riferibili all'attività da questa svolta. Nonostante ciò e senza danno alcuno al datore, la Cassazione comunque ritiene leso il vincolo fiduciario.

Sicché pare evidente che la Suprema Corte si discosti notevolmente da quell'orientamento dottrinale secondo cui non è necessario insistere sulla differenziazione fra uso e divulgazione, bensì occorre positivizzare il divieto posto in negativo dalla norma, ritenendo così legittima la diffusione e ogni altro uso di notizie aziendali che non determini un danno ingiusto per l'imprenditore (Ichino 1979, 233, e Mattarolo 2000, 206).

La pronuncia pare, invece, in linea con l'orientamento «drastico» assunto dalla giurisprudenza con riferimento all'ipotesi di sottrazione di documenti aziendali, ritenuta illegittima indipendentemente dall'uso che ne voglia fare il sottrattore (Si vd. Cass. 15.6.2005, n. 12837, in *MGL*, 2005, 948, oppure Cass. 9.5.1996, n. 4328, in *RIDL*, 1997, II, 106, con nota di Calafà) fatta eccezione per la produzione in giudizio (Si vd., *ex multis*, Cass. 8.8.2016, n. 16629, inedita a quanto consta).

3. — Ulteriore elemento analizzato dalla pronuncia in commento è quello della lesione (anche meramente potenziale) degli interessi del datore di lavoro determinata dalla sottrazione dei dati.

Sul punto, la sentenza della Suprema Corte si adegua all'orientamento giurisprudenziale più recente, secondo cui, nel caso di violazione del dovere di fedeltà *ex art.* 2105 c.c., al fine di stabilire se essa integri giusta causa di licenziamento, sarebbe pressoché irrilevante l'assenza o la modesta entità del danno subito dal datore di lavoro.

Per ritenere leso il vincolo fiduciario che lega datore di lavoro e lavoratore, infatti, sarebbe sufficiente che la condotta perpetrata ponga in dubbio la correttezza dell'adempimento futuro della prestazione (Si vd. Cass. 5.1.2015, n. 13, in *GI*, 2015, n. 10, 2171, con nota di Pollaroli; Cass. 27.2.2014, n. 4723, in *LG*, 2014, n. 7, 669, con nota di Pedroni, Stanchi). Secondo un opposto orientamento, invece, la particolare tenuità del danno – valutata congiuntamente ad altri elementi di fatto (ad es., l'assenza di precedenti disciplinari o le dimensioni aziendali) – escluderebbe la proporzionalità della sanzione espulsiva (Si vd. Cass. 15.2.2003, n. 2336, in *MGL*, 2004, n. 6, 110; per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si vd. Tatarelli 2015, 185).

Al riguardo, pare particolarmente complesso commentare la sentenza *de qua*, giacché dalla medesima non si evince la tipologia di *files* sottratti dal lavoratore e conseguentemente non si comprende il danno che la loro illegittima sottrazione avrebbe potuto comportare: a ogni modo, ad avviso dello scrivente, ai fini della verifica della lesione del vincolo fiduciario, è corretto ritenere accessoria la modesta o irrilevante entità del danno, in quanto più che l'oggetto dell'inadempimento occorre esaminare il soggetto inadempiente, e quindi esaminare ulteriori circostanze di fatto quali, ad es., la posizione del lavoratore nella scala gerarchica aziendale, l'eventuale ruolo di responsabilità ricoperto dal medesimo, l'attività svolta all'interno dell'impresa.

4. — Come anticipato in premessa, il licenziamento per giusta causa irrogato al lavoratore è stato ritenuto legittimo anche in ragione delle disposizioni previste dalla contrattazione collettiva di settore (Ccnl per le industrie chimiche).

Sul punto, la sentenza, per vero, sembra eccessivamente «attenta» alle previsioni disciplinari del Ccnl: omette, però, di motivare compiutamente la sussunzione della condotta perpetrata alla fattispecie contrattuale astratta, limitandosi meramente a richiamare gli assunti della sentenza della Corte territoriale.

È noto, invece, che la nozione di giusta causa di licenziamento costituisce una nozione legale e il giudice non è vincolato dalle previsioni del contratto collettivo, sicché egli può escludere che un comportamento del lavoratore costituisca una giusta causa, pur essendo qualificato come tale dal contratto collettivo, in considerazione delle circostanze concrete che l'hanno caratterizzato (*Ex plurimis*: Cass. 18.2.2011, n. 4060, in *Ced Cass.*, 2011, nonché Cass. 12.2.2016, n. 2830, in *Ced Cass.*, 2016). La giurisprudenza e la dottrina (Si vd. Ballestrero 2013, 50), sul punto, sono concordi nel ritenere che proprio in ragione del principio di proporzionalità tra sanzione e infrazione, né il datore di lavoro, né il giudice possono omettere di valutare in concreto la gravità del fatto addebitato anche laddove la fattispecie concreta sia perfettamente sovrapponibile a quella astratta (Vd. Cass. 26.3.2013, n. 16095, in *Ced Cass.*, 2013; Cass. 30.3.2012, n. 5115, in *Pluris*, Cedam); le esemplificazioni inoltre sono vincolanti a favore del lavoratore, sicché il datore non può infliggere al lavoratore una sanzione più grave rispetto a quella tipizzata dal Ccnl per quello specifico comportamento (Cass. 17.6.2011, n. 13353, in *Ced Cass.*, 2011, e Cass. 20.3.2007, n. 6621, in *NGCC*, 2007, 11, 1, 1225, con nota di Montesarchio).

Ad avviso di chi scrive, però, tali orientamenti giurisprudenziali appaiono in qualche modo «superati» dai recenti interventi legislativi. Di modesta portata innovativa è stato l'art. 30, c. 3, l. 18.11.2010, n. 183 (cd. Collegato lavoro) – inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie *de qua* –, ai sensi del quale il giudice «tiene conto» delle previsioni contrattuali di giusta causa: l'utilizzo dell'indicativo piuttosto che dell'imperativo testimonierebbe che la tipizzazione negoziale sarebbe uno dei tanti elementi che il giudice dovrebbe valutare per accertare la legittimità del recesso (Mazzotta 2018, 2607, e Ballestrero 2013, 50).

Decisamente più pregnante è stato invece l'intervento legislativo sul testo dell'art. 18 St. lav. mediante la l. 28.6.2012, n. 92, a seguito del quale il giudice annulla il licenziamento laddove accerti che il fatto rientra tra le condotte sanzionate dal Ccnl o dal codice disciplinare con una sanzione conservativa.

In questo modo, si sono di fatto parificate le previsioni pattizie della contrattazio-

ne collettiva con quelle emanate «unilateralmente» dal datore di lavoro e contenute nei codici disciplinari con riferimento ai quali è stato omissivo qualsivoglia riferimento alla procedura di certificazione. Si è inoltre attribuito carattere vincolante a tali tipizzazioni, con l'esclusivo intento di limitare la discrezionalità del giudice. Non è mancato tuttavia chi (Ballestrero 2013, 51) ha opportunamente evidenziato che la regola della proporzionalità tra infrazione addebitata al lavoratore e licenziamento costituisca principio generale proprio del diritto dell'Unione europea più volte ribadito anche dalla Corte di Giustizia, sicché appare difficilmente ipotizzabile la sua esclusione dai canoni ermeneutici della legittimità del licenziamento.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2013), voce *Art. 2119 c.c.*, in Cagnasso O., Vallebona A. (a cura di), *Commentario del codice civile, dell'impresa e del lavoro*, III, Utet, Torino, 3 ss.
- Bellomo S. (2013), voce *Art.2105 c.c.*, in Cagnasso O., Vallebona A. (a cura di), *Commentario del codice civile, dell'impresa e del lavoro*, II, Utet, Torino, 284 ss.
- Boscari A. (2010), *Patto di non concorrenza*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Boscari A. (2011), *Obbligo di fedeltà ed il patto di non concorrenza*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, Utet, Torino, 970 ss.
- Cessari A. (1970), *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, in *Atti delle Giornate di studio Aidlass di Salsomaggiore*, Giuffrè, Milano.
- Del Punta R. (2016), *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (1979), *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda*, FrancoAngeli, Milano.
- Malizia M. (2013), *La produzione in giudizio di documentazione aziendale riservata: il diritto alla difesa prevale sul diritto al segreto*, in *ADL*, n. 3, II, 591 ss.
- Mattarolo M.G. (2000), *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro. Art. 2105 c.c.*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Mazzotta O. (2018), voce *Art. 32, c. 3, l. 18.11.2010, n. 183*, in De Luca Tamajo R., Mazzotta O. (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano.
- Napoli M. (1980), *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Smuraglia C. (1967), *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Tatarelli M. (2015), *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova.
- Tosi P. (2012), *Intuitus personae e fiducia*, in *ADL*, 2012, I, 540 ss.
- Vallebona A. (2008), *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, Giappichelli, Padova.

Danilo Volpe
Avvocato in Trani;
cultore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

CASSAZIONE, 4.10.2017, n. 23178 – Pres. Napolitano, Est. Lorito, P.M. Sanlorenzo (diff.) – G.C. (avv.ti Mangano, Bonciani) c. Trenitalia Spa (avv. Morrico).
Cassa Corte d'Appello di Roma, 2.5.2013.

Diligenza – Art. 2104 c.c. – Prestazione di lavoro – Comportamenti accessori e strumentali – Orario di lavoro – Limiti.

Il dovere di diligenza del prestatore di lavoro trova il proprio essenziale limite nella prestazione contrattualmente dovuta, ivi compresi i comportamenti accessori e strumentali, e, pertanto, non può eccedere l'orario di lavoro. (1)

(1) I LIMITI ALL'OBBLIGO DI DILIGENZA DEL PRESTATORE DI LAVORO

1. — Il 1° gennaio 2017 è entrata in vigore una modifica del Codice del lavoro francese (a opera della l. n. 1088 dell'8.8.2016, cd. «*loi travail*»), che introduce espressamente – attraverso un rinvio alla contrattazione collettiva – le procedure per «il pieno esercizio da parte del dipendente del suo diritto alla disconnessione [...] al fine di garantire il rispetto dei periodi di riposo e di congedo, così come della vita personale e familiare» (Vedi ora l'art. L. 2242-17, punto 7, *Code du travail*, come modificato dall'art. 7 dell'ordinanza n. 2017-1385 del 22.9.2017) (Allamprese, Pascucci 2017, 307; Casillo 2018, 115).

A prima vista potrebbe apparire superfluo sancire espressamente un principio così basilare e scontato come quello di *staccare la spina* dal lavoro per poter separare l'ambito professionale dalle altre dimensioni dell'esistenza. Eppure, si tratta di un tema di grande attualità e di particolare delicatezza, come dimostra la pronuncia in commento, che – dopo ben tre gradi di giudizio – mette la parola *fine* alla questione dei limiti del dovere di diligenza del prestatore di lavoro.

La vicenda sottoposta al vaglio della magistratura concerne l'impugnazione di un provvedimento disciplinare irrogato – nella misura di due giorni di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione – a un lavoratore, occupato in qualità di macchinista ferroviario (in realtà, inizialmente erano coinvolti due lavoratori, ma soltanto uno decide di proseguire l'*iter* giudiziario fino alla pronuncia di legittimità).

Al dipendente viene contestata la violazione dell'obbligo di diligenza nello svolgimento della prestazione lavorativa, in quanto, pur avendo ricevuto da parte della Società – tramite sms sul cellulare aziendale – la comunicazione relativa alla distribuzione delle circolari di servizio riferite alla linea a lui assegnata, non si è recato presso la sede né il giorno stesso, né il giorno successivo. Il terzo giorno ha comunicato tramite telefax che, anziché espletare il turno di servizio programmato, si sarebbe recato presso l'impianto per il ritiro della documentazione.

Com'è noto, la lettura delle circolari relative al servizio da svolgere è un adempimento preparatorio e strumentale all'obbligazione principale e, pertanto, la condotta del lavoratore viene considerata negligente perché, «anche in esecuzione degli obblighi di correttezza e buona fede, ben avrebbe potuto prendere visione delle circolari prima dell'inizio del servizio».

In realtà, sia il giorno in cui ha ricevuto il messaggio, sia il giorno successivo, il lavoratore non è in servizio perché sta usufruendo di permessi sindacali per l'espletamento del mandato, ma tale circostanza viene considerata del tutto irrilevante per ben due gradi di giudizio, «essendo le sedi sindacali ubicate nello stesso impianto ove si ritirano le circolari».

Le argomentazioni a sostegno della legittimità del provvedimento di sospensione vengono, però, ribaltate dalla Cassazione; questa non solo accoglie il ricorso del lavoratore, ma evidenzia come «l'azienda sia venuta meno all'esercizio del potere organizzativo, non avendo consentito al proprio dipendente l'espletamento dell'attività di aggiornamento nella lettura delle circolari».

2. — Presupposto imprescindibile per il corretto esercizio del potere disciplinare, come recita l'art. 2106 c.c., è l'«inosservanza delle disposizioni contenute» negli artt. 2104 e 2105 c.c., cioè la violazione degli obblighi di diligenza e di fedeltà del prestatore di lavoro (Per un approfondimento sul potere disciplinare, vd., *ex multis*: Amoroso 2017, 1013; Casale, Lima 2012, 311; Montuschi 1973, 109). Nel caso di specie, la censura da parte del datore di lavoro riguarda la mancanza di diligenza da parte del dipendente. Dunque, il primo *step* per l'accertamento della legittimità o meno della sanzione disciplinare comminata consiste nel chiarire cosa si intenda per diligenza del prestatore di lavoro.

In base al dettato normativo, il lavoratore è tenuto a osservare le direttive impartite dal datore di lavoro (Art. 2104, c. 2, c.c.) e a eseguire la prestazione a regola d'arte, cioè attenendosi ai canoni tecnici in ragione della natura dell'attività e dell'interesse dell'impresa (Art. 2104, c. 1). L'obbligo di diligenza, perciò, non comporta un «ampliamento della sfera debitoria» (Marazza 2013, 265): più che l'oggetto di un'obbligazione autonoma, è considerata la «misura» della quantità e della qualità della prestazione dovuta (Cfr.: Santoro Passarelli 2017, 265; Cester, Mattarolo 2007, 166; Rusciano 2000, 656; Viscomi 1997, 206; Mengoni 1971, 26).

Nella prestazione dovuta sono ricomprese anche le operazioni accessorie e strumentali allo svolgimento delle mansioni assegnate (Cfr. Cass. 2.2.2016, n. 1978; Cass. 10.9.2010, n. 19358; Cass. 21.10.2003, n. 15734, tutte in *DeJure*; T. Gorizia 19.7.2012, in *RGL*, 2013, n. 3, II, 469), come – nel caso di specie – la lettura delle circolari di servizio.

Resta, allora, da interrogarsi su quali siano i «confini» della diligenza, per evitare che una lettura eccessivamente estensiva dilati illimitatamente la sfera dell'esigibilità della prestazione.

Come autorevolmente sostenuto in dottrina (Viscomi 2012, 445), proprio il riferimento ai «parametri essenziali per la definizione della diligenza» (cioè, l'interesse dell'impresa e la natura della prestazione) stabilisce «il limite del potere unilaterale del datore creditore, in guisa tale da rendere esplicita e giustificare la riconduzione alla dimensione contrattuale della specifica e fondamentale funzione di garanzia della libertà e dignità della persona del prestatore».

Proprio su questo punto si è particolarmente focalizzata l'attenzione della Cassazione, che ha affermato come «il dovere di diligenza del prestatore di lavoro trova il proprio centro e il proprio essenziale limite nella prestazione contrattualmente dovuta». Pertanto, al lavoratore non può «essere richiesto un grado di diligenza tale da ec-

cedere i limiti ordinari e connaturati alla prestazione dovuta, delineati dall'orario di lavoro». E per orario di lavoro si intende, a norma dell'art. 1, c. 2, lett. a, d.lgs. 8.4.2003, n. 66, «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni» (Per un approfondimento, vd. Bellomo 2017, 1033; Ichino, Valente 2012; Allamprese 2007, 341; Carabelli, Leccese 2004, 3; Leccese 2001).

3. — Alla luce del d.lgs. n. 66/2003, non è esigibile una prestazione richiesta dal datore di lavoro al di fuori «del vincolo di disponibilità temporale derivante dal contratto di lavoro» (Bellomo 2017, 1052). Al riguardo, la giurisprudenza più recente sottolinea che, «affinché un lavoratore possa essere considerato a disposizione del proprio datore di lavoro, egli deve essere posto in una situazione nella quale è obbligato giuridicamente a eseguire le istruzioni del proprio datore di lavoro e a esercitare la propria attività per il medesimo» (Cass. 26.1.2016, n. 1352, in *DeJure*).

Nella vicenda in commento emerge in maniera evidente che l'adempimento dell'obbligazione lavorativa sia stata richiesta dalla società al di fuori dell'orario di lavoro e in un periodo in cui il lavoratore era – giustificatamente – assente dal servizio. In tali casi di sospensione del rapporto di lavoro (Per un approfondimento, vd. Santoro Passarelli 2017, 318; Del Punta 2017, 1166), la prestazione lavorativa è – temporaneamente – inesigibile per tutelare situazioni ricadenti nella fitta trama protettiva costituzionale (malattia, maternità e paternità, adempimento di funzioni pubbliche elettive).

È innegabile che i permessi riconosciuti dallo St. lav. ai dirigenti sindacali per l'espletamento del mandato rientrino tra le cause di sospensione del rapporto di lavoro proprio per garantire l'esercizio della libertà sindacale sancita dall'art. 39 Cost. Come ribadisce la pronuncia annotata, tali permessi «costituiscono oggetto di un diritto potestativo del dirigente sindacale dal cui esercizio discende una situazione di soggezione del datore di lavoro» (Cfr. Cass. 1.8.2003, n. 11759; Cass. 14.1.2003, n. 454, entrambe in *DeJure*) e, pertanto, «la pretesa della società di conseguire l'esecuzione di una prestazione di lavoro [...] nel corso di un periodo in cui il dipendente fruisca di un permesso sindacale confligge con i principi di pienezza, libertà e autonomia che informano l'esercizio del diritto medesimo».

Del tutto irrilevante è la considerazione – riportata nella sentenza della Corte d'Appello – che il lavoratore interessato «ben avrebbe potuto prendere visione delle circolari, secondo principi di correttezza e buona fede, essendo le sedi sindacali ubicate nello stesso impianto ove si ritirano le circolari», visto che – durante la fruizione dei permessi sindacali – il lavoratore dismette *i panni del dipendente* per indossare quelli del dirigente sindacale nell'esercizio delle sue funzioni. Il vincolo di subordinazione è sospeso e le parti – eventualmente sedute al tavolo delle trattative – sono sullo stesso piano.

Alla luce di ciò, la Cassazione afferma che la richiesta della società, «in quanto eccedente i limiti dell'ordinaria diligenza nell'esecuzione della prestazione lavorativa», non può costituire fonte di responsabilità disciplinare per il lavoratore.

Si rende, però, opportuna un'ulteriore riflessione: anche se la circostanza che si tratti di un permesso sindacale attira immediatamente l'attenzione e si presenta particolarmente *pruriginosa* per le delicate implicazioni relative al rischio di compressione dell'esercizio della libertà e attività sindacale, non bisogna trascurare che lo stesso ra-

gionamento – e, pertanto, la medesima conclusione – vale in tutti gli altri casi di giustificata assenza dal servizio. In pratica, il lavoratore non sarebbe passibile di un provvedimento disciplinare anche se non avesse ritirato la circolare nel giorno di malattia o durante il congedo parentale o semplicemente mentre era in ferie, pur abitando, ad esempio, proprio accanto all'impianto: i poteri datoriali e, di conseguenza, la subordinazione del dipendente non possono superare i confini stabiliti dalla legge.

4. — Nelle ultime righe della sentenza in commento si assiste addirittura al ribaltamento delle conclusioni della Corte d'Appello: non solo il ricorrente non ha violato alcun obbligo di diligenza e, quindi, non ha commesso alcun comportamento disciplinarmente rilevante, ma è il datore di lavoro a non aver ottemperato agli obblighi di informazione e formazione impostigli dalla legge (in particolare, dagli artt. 18, 36 e 37 del d.lgs. n. 81/2008), perché non ha fornito le circolari in tempo utile per l'esecuzione della prestazione lavorativa in condizioni di sicurezza. Quindi, non ha correttamente esercitato il suo potere organizzativo/direttivo, e tale mancanza non può ricadere sul lavoratore.

Se questa conclusione può apparire pacifica e pienamente condivisibile da un punto di vista giuridico – anche grazie alla scorrevolezza dell'*iter* argomentativo della pronuncia annotata –, non lo è altrettanto dal punto di vista sociale e culturale, visto che la realtà dei fatti ci presenta come dilagante la percezione della *legittimità* nella ricezione di telefonate, sms ed *e-mail* di lavoro anche nei tempi di riposo. Tale prassi – sicuramente aumentata nell'epoca della digitalizzazione della prestazione e della precarizzazione delle tutele lavorative – è solo apparentemente innocua, in quanto andrebbe messa in relazione con i dati relativi al crescente numero di lavoratori a rischio *burnout*.

Letta in un'altra prospettiva, la diffusione di tale uso aziendale potrebbe innescare la miccia per un esplosivo contenzioso sulla corresponsione della retribuzione spettante per il lavoro straordinario effettuato, eventualmente, anche in giorni festivi o in orario notturno. La tracciabilità di tali prestazioni tramite archivi di posta elettronica e tabulati telefonici, infatti, agevolerebbe il lavoratore nell'assolvimento dell'onere della prova (Cfr. Cass. 14.5.2015, n. 9906; Cass. 16.2.2009, n. 3714, entrambe in *DeJure*).

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2007), *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *ADL*, n. 2, I, 341 ss.
- Allamprese A., Pascucci F. (2017), *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *RGL*, n. 2, I, 307 ss.
- Amoroso G. (2017), *Sanzioni disciplinari*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, Milano, 1013 ss.
- Bellomo S. (2017), *Orario di lavoro, riposi, ferie: i principi costituzionali, la normativa europea e il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8.4.2003, n. 66*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Torino, 1033 ss.

- Carabelli U, Leccese V. (2004), *Il d.lgs. n. 66 del 2003, di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in Leccese V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 3 ss.
- Casale D., Lima A. (2012), *Istruttoria e irrogazione della sanzione disciplinare*, in Mainardi S. (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Utet, Torino, 311 ss.
- Casillo R. (2018), *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in RGL, n. 1, I, 115 ss.
- Cester C., Mattarolo M.G. (2007), *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104 c.c.*, in Busnelli F.D. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Del Punta R. (2017), *Cause di sospensione della prestazione lavorativa*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, Milano, 1166 ss.
- Ichino P., Valente L. (2012), *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, Giuffrè, Milano.
- Leccese V. (2001), *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari.
- Marazza M. (2013), *Art. 2104 c.c. Diligenza del prestatore di lavoro*, in Cagnasso O., Vallebona A. (a cura di), *Commentario del codice civile. Dell'impresa e del lavoro*, Utet, Torino, 261 ss.
- Mengoni L. (1971), *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano.
- Montuschi L. (1973), *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Rusciano M. (2000), *La diligenza del prestatore di lavoro*, in *Studium Iuris*, n. 6, 656 ss.
- Santoro Passarelli G. (2017), *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino.
- Viscomi A. (1997), *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Viscomi A. (2012), *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in *DLM*, n. 3, I, 441 ss.

Marianna Russo
Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
Ispettore del lavoro Inl (*)

(*) Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autrice e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione di appartenenza.

CORTE D'APPELLO TORINO, 26.10.2017 – Pres. Girolamo, Est. Mancuso – M.E. (avv.ti Porceddu, Bonomelli) c. Casino de la Vallee Spa (avv. Giunti).

Contratto collettivo – Contratto collettivo aziendale – Efficacia soggettiva – Estensione ai lavoratori non iscritti al sindacato stipulante – Sussiste – Dissenso individuale – Non rileva – Successione contratti collettivi nel tempo – Contratto aziendale peggiorativo successivo – Legittimità – Diritti del personale – Mantenimento condizioni – Fattispecie – Non sussiste.

Il contratto collettivo aziendale è applicabile anche nei confronti dei lavoratori non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti. Nessuna rilevanza assume il fatto che l'accordo aziendale sia peggiorativo rispetto alla contrattazione precedente, poiché è rimessa al sindacato la valutazione della persistente corrispondenza tra regolazione collettiva e interesse dei lavoratori. È pertanto legittima una deroga peggiorativa anche del trattamento retributivo con l'unico limite dell'irriducibilità della retribuzione prevista dall'art. 36 Cost. (1)

(1) EFFICACIA DEL CONTRATTO COLLETTIVO AZIENDALE
E DISSENSO DEL LAVORATORE

1. — La questione sottoposta all'esame della Corte d'Appello di Torino riguarda l'efficacia soggettiva di un contratto collettivo aziendale derogativo *in peius* rispetto alla precedente contrattazione.

Specificamente, il Collegio torinese estende il contratto collettivo aziendale anche al lavoratore non iscritto alle associazioni sindacali stipulanti e, per l'effetto, dichiara legittima l'applicazione delle condizioni peggiorative del trattamento retributivo ivi previste.

La sentenza, aderendo all'orientamento ormai consolidatosi in materia, costituisce l'occasione per riaffermare principi di diritto in ordine alle tematiche sottese ed evidenziate dalla Corte di merito quali l'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale, la sua efficacia nel tempo e la legittimità della regolazione peggiorativa, anche del trattamento retributivo.

Il tentativo dei lavoratori di sottrarsi all'efficacia vincolante di accordi aziendali che fissano condizioni di lavoro peggiorative rispetto al contratto nazionale o, come nel caso di specie, del precedente contratto aziendale sul presupposto della non iscrizione alle organizzazioni stipulanti è, invero, una prassi abbastanza frequente, emersa già a partire dalla fine degli anni settanta in occasione dei contratti gestionali.

In realtà, quello dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, in generale, e di quello aziendale, in particolare, è un tema assai complesso che risente dei limiti di efficacia e vincolatività che caratterizzano, in quanto fonti pattizie, tutti i contratti di di-

ritto privato (Tra i tanti, cfr.: Magnani 2009, 1278 ss.; Carinci 2011; Vallebona, 1997, 381 ss.; Prosperetti 1989; Sciarra 1985).

In assenza di specifica disciplina di riferimento, il problema dell'efficacia soggettiva del contratto aziendale è stato risolto dalla dottrina (Sulle diverse proposte ricostruttive, ma anche sui loro limiti, si veda Lunardon, 2012, 21 ss.) e dalla giurisprudenza in maniera non univoca, a volte facendo estensivamente ricorso all'istituto della ratifica per atti concludenti *ex art.* 1399 c.c. (Cfr.: Cass. 27.1.1988, n. 719, in *MGC*, 1988, n. 1; Cass. 11.11.1987, n. 8325, in *MGC*, 1987, n. 11), altre volte ricorrendo al principio del consenso prestato dalla maggioranza dei lavoratori [Così Caruso 1992, 173; Pret. Prato 5.5.1988, in *RFI*, 1988, voce *Lavoro (contratto)*, n. 42; Pret. Parma 27.6.1989, in *DL*, 1989, II, 53], o a quello della maggiore rappresentatività delle organizzazioni stipulanti (Cfr.: T. Milano 2.2.1987, in *RIDL*, 1987, II, 270; Cass. 2.3.1988, n. 6695, in *RGL*, 1989, II, 32; C. App. Milano 4.3.2003, in *RIDL*, 2003, II, 511; Ferraro 1981) oppure, richiamando il principio della parità di trattamento (Così: Cass. 26.2.1992, n. 2410, in *MGL*, 1992, 143; Pera 1958 144; Galoppini 1965, 550; Ichino 1975, 457), infine, facendo riferimento all'unicità e all'indivisibilità dell'interesse collettivo aziendale dei lavoratori (Cfr.: Cass. 29.3.1982, n. 1965, in *FI*, 1984, I, 553; Cass. 8.5.1984, n. 2828, in *GI*, 1985, I, 628; Cass. 17.7.1985, n. 3047, in *RGL*, 1985, II, 508; Cass. 2.5.1990, n. 3607, in *MGL*, 1990, 354; Cass. 8.7.2004, n. 12647, in *MGC*, 2004, n. 7; Cass. 25.3.2002, n. 4218, in *MGC*, 2002, 513. In dottrina, si veda Rusciano 2003).

Secondo l'orientamento maggioritario attualmente affermatosi, i contratti collettivi aziendali sono da ritenersi applicabili a tutti i lavoratori dell'azienda ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti (*Contra*, Cass. 4.5.1994, n. 4295, in *MGL*, 1994, 320), con l'unica eccezione di quei lavoratori che, aderendo a una organizzazione sindacale diversa, ne condividano l'esplicito dissenso e potrebbero essere vincolati a un accordo sindacale separato e di diverso tenore (Cfr.: Cass. 15.11.2017, n. 27115, in *Il Giuslavorista* 1° marzo 2018; Cass. 18.4.2012, n. 6044, in *MGC*, 2012, n. 4, 509; Cass. 28.5.2004, n. 10353, in *RIDL*, 2005, II, 312; Cass. 26.6.2004, n. 11939, in *MGC*, 2004, n. 6; Cass. 11.12.2004, n. 17674, in *MGL*, 2003, 139; Cass. 25.3.2002, n. 4218, in *MGC*, 2002, 513; Cass. 15.6.1999, n. 5953, in *LG*, 2000, 439).

La tutela di interessi collettivi della comunità di lavoro aziendale e l'eventuale inscindibilità della disciplina che ne risulta concorrerebbero, infatti, a giustificare, secondo l'orientamento maggioritario, l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali. Tuttavia, tale generalizzata efficacia soggettiva va, da un lato, conciliata con il limite invalicabile del principio fondamentale di libertà, di organizzazione e di attività sindacale di cui all'art. 39, comma 1, Cost. e, dall'altro, collocata in un sistema fondato sui principi privatistici della rappresentanza negoziale delle organizzazioni sindacali (In questo senso: Cass. 24.2.1990, n. 1403, in *RGL*, 1991, II, 504; Cass. 21.1.1987, n. 537, in *FI*, 1988, I, 526; Cass. 20.7.1982, n. 4280, in *MGL*, 1982, 571). Di conseguenza, pur riconoscendosi la tendenziale efficacia soggettiva *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali come regola di carattere generale, deve al contempo ammettersi che la stessa non può essere estesa anche a quei lavoratori che, aderendo a un'organizzazione sindacale diversa da quelle che hanno stipulato l'accordo aziendale, ne condividano l'esplicito dissenso in ossequio al principio della libertà sindacale. Questo perché il contratto colletti-

vo, a qualunque livello stipulato, non può avere una efficacia diversa dai «normali» contratti di diritto comune e non può, quindi, comprimere il diritto di libertà sindacale dei lavoratori che aderiscono al sindacato dissenziente (In questo senso: Cass. 18.4.2012, n. 6044, cit.; Cass. 28.5.2004, n. 10353, cit.; Cass. 25.3.2002, n. 4218, cit.).

Il dissenso del lavoratore nei confronti delle scelte operate dalle organizzazioni sindacali, quale espressione di una posizione individuale e non degli interessi collettivi della comunità di lavoro aziendale, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale citato, non sarebbe di per sé sufficiente a escludere l'applicabilità del contratto aziendale anche nei suoi confronti, stante la prevalenza degli interessi collettivi perseguiti dalla contrattazione su quelli individuali (In questo senso, si vedano: Cass. 5.2.2013, n. 2722, inedita a quanto consta; Cass. 18.4.2012, n. 6044, cit.; Cass. 28.5.2004, n. 10353, cit.; in dottrina: Chieco 2011, 244; Miscione 1987, 73).

Nessuna rilevanza avrebbe, inoltre, il fatto che gli accordi aziendali siano peggiorativi rispetto alla contrattazione precedente, giacché non può essere ritenuta sussistente la pretesa del lavoratore di mantenere definitivamente acquisito nel suo patrimonio un diritto nato da una disposizione collettiva caducata o sostituita da un successivo contratto. Ciò perché le disposizioni dei contratti collettivi non si incorporano nel contenuto dei contratti individuali, dando luogo a diritti quesiti sottratti al potere dispositivo delle organizzazioni sindacali, ma operano, invece, dall'esterno sui singoli rapporti di lavoro, come fonte eteronoma di regolamento, concorrente con la fonte individuale, sicché, nel caso di successione tra contratti collettivi, le disposizioni precedenti non sono suscettibili di essere conservate secondo il criterio del trattamento più favorevole (che, ai sensi dell'art. 2077 c.c. riguarderebbe soltanto il rapporto tra contratto collettivo e individuale), restando la conservazione di quel trattamento affidata all'autonomia contrattuale delle parti collettive stipulanti (Cass. 15.9.2014, n. 19396, in *D&Gonline*, 6 settembre 2014; Cass. 19.6.2001, n. 8296, in *OGI*, 2001, n. 1, 467; Cass. 4.3.1998, n. 2363, in *MGC*, 1998, 497).

Queste ultime possono, infatti, prevedere la conservazione di quel trattamento, con apposita clausola di salvaguardia, oppure decidere di non conservarne ulteriormente l'efficacia essendo rimessa al sindacato la valutazione della persistente corrispondenza della norma collettiva agli interessi dei lavoratori associati. Del resto, il nuovo contratto può risultare peggiorativo, in alcuni aspetti, rispetto alla situazione preesistente, ma tale nuova disciplina deve ritenersi più corrispondente agli interessi degli associati rispetto alle situazioni sopravvenute.

Riconosciuta la piena autonomia contrattuale delle parti collettive stipulanti, è quindi possibile che un contratto collettivo successivo possa derogare *in peius* anche il trattamento retributivo precedente. Tuttavia, in questa ipotesi, il lavoratore non è privo di tutela stante l'operatività del limite posto dall'art. 36 Cost. a garanzia del diritto a una retribuzione equa e sufficiente (Cass. 5.5.1998, n. 4534, in *RIDL*, 1999, III, n. 3).

Il precetto posto dall'art. 36 Cost. costituisce, infatti, l'unico limite al potere dispositivo del sindacato, ma, invero, è evenienza piuttosto rara che tale norma sia considerata violata dalla contrattazione collettiva, poiché la valutazione in termini di trattamento peggiorativo è fatta sotto profili esclusivamente monetari e individuali, mentre la contrattazione collettiva è diretta, più che altro, a realizzare complessivi miglioramenti nella prospettiva «collettiva», ad esempio, prevedendo una ri-

duzione del trattamento retributivo per la salvezza dei posti di lavoro (In questi termini Cass. 5.6.2007, n. 13092, in *GL*, 2007, 36, 39).

Gli unici diritti intangibili da parte della contrattazione collettiva sarebbero allora soltanto i diritti già entrati a far parte del patrimonio del lavoratore perché relativi a una prestazione di lavoro già resa o a una fase del rapporto già esaurita (Fra le numerose pronunce in tal senso, cfr.: Cass. 15.9.2014, n. 19396, cit.; Cass. 2.4.2001, n. 4839, in *RIDL*, 2002, II, n. 3; Cass. 13.2.1984, n. 1081, in *DL*, 1984, II, 397), non potendosi però estendere tale tutela alle pretese alla stabilità nel tempo di normative collettive più favorevoli o di mere aspettative sorte in base alle precedenti regolamentazioni.

La soluzione accolta dalla sentenza in esame, che, nel ritenere irrilevante il dissenso individuale del lavoratore, a prima vista, potrebbe sembrare lesiva della libertà sindacale del singolo, deve essere messa in relazione con la funzione della contrattazione collettiva. Non sembra, infatti, meritevole di tutela il comportamento opportunistico del lavoratore che, come nel caso di specie, manifesta il proprio dissenso chiedendo l'applicazione delle sole clausole migliorative rifiutando quelle a lui sfavorevoli, poiché l'adesione al contratto collettivo determina l'accettazione del regolamento contrattuale nella sua interezza (Cass. 29.3.1982, n. 1965, in *FI*, 1994, I, 533).

Al problema dell'efficacia della contrattazione collettiva aziendale hanno, da ultimo, cercato di dare soluzione le stesse parti sociali negli accordi interconfederali. In particolare, nell'Accordo del 14.1.2014 è stabilito che il contratto aziendale, compreso quello che contiene intese modificative del contratto nazionale, è efficace «per tutto il personale in forza» presso l'azienda, a condizione che esso sia approvato dalla maggioranza dei componenti delle Rsu (e, dunque, anche nei confronti dei lavoratori iscritti a organizzazioni sindacali i cui rappresentanti all'interno della Rsu hanno espresso posizioni di dissenso). Mentre, nel caso siano presenti Rsa, il contratto aziendale è efficace e vincolante se approvato «dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione», ed eventualmente anche dalla maggioranza dei lavoratori votanti dell'azienda (Santoro Passarelli 2010, 503).

Riferimenti bibliografici

- Carinci F. (2011), *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 133.
- Caruso B. (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso*, FrancoAngeli, Milano.
- Chieco P. (2011), *Contratto collettivo e dissenso individuale nel prisma del divieto di discriminazione*, in *Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro: atti del convegno nazionale*, Otranto, 10-11 giugno 2011, Caspur-Ciber publishing – Pubblicazioni ecosostenibili, 235 ss.
- Ferraro G. (1981), *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981.
- Galoppini A. (1965), *Efficacia soggettiva di un accordo aziendale e parità di trattamento*, in *RGL*, II, 550 ss.

- Ichino P. (1975), *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni sindacali e dell'ordinamento statale*, in *RGL*, I, 457 ss.
- Lunardon F. (2012), *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *GDLRI*, 21 ss.
- Magnani M. (2009), *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'Accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *ADL*, n. 6, I, 1278 ss.
- Miscione M. (1987), *Il problema del contratto collettivo: il dissenso*, in *GI*, 73 ss.
- Pera G. (1958), *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Cedam, Padova.
- Prosperetti G. (1989), *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Franco Angeli, Milano.
- Rusciano M. (2003), *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino.
- Santoro Passarelli G. (2010), *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *RIDL*, I, 490 ss.
- Sciarra S. (1985), *Contratto collettivo e contrattazione in azienda*, FrancoAngeli, Milano.
- Vallebona A. (1997), *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *GDLRI*, 381 ss.

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

CORTE D'APPELLO TORINO, 19.10.2017 – Pres. ed Est. Mancuso – X.X.
(avv. Pellicelli) c. Y.Y. (avv.ti Lonterni, Di Giovine).
Conf. Tribunale di Torino, 11.7.2016.

Sicurezza sul lavoro – Violenza sessuale – Illecito perpetrato da lavoratore subordinato ai danni di una collega a lui sottoposta – Mancata adozione da parte del datore di lavoro di misure idonee a proteggere la vittima del reato – Art. 2087 c.c. – Violazione dell’obbligo di protezione e prevenzione – Responsabilità contrattuale del datore di lavoro – Sussistenza – Mansioni svolte dall’autore dell’illecito – Rapporto di occasionalità necessaria con la commissione del fatto lesivo – Ricorrenza – Art. 2049 c.c. – Responsabilità oggettiva del datore di lavoro – Sussistenza – Danno non patrimoniale – Risarcibilità.

Sussiste in capo al datore di lavoro sia una responsabilità diretta ex art. 2087 c.c., sia una responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c. per il danno non patrimoniale conseguente al fatto di reato commesso da un dipendente ai danni di un altro, qualora egli ometta di adottare le misure atte a consentire alla vittima di riprendere l’attività lavorativa in un ambiente privo di rischi per la propria salute e la propria dignità, così aggravando o quantomeno ritardandone il processo di guarigione, in violazione del preciso obbligo legale di adottare ogni misura idonea a evitare il verificarsi di danni all’integrità psico-fisica dei lavoratori ovvero a non aggravare o attenuare un danno già verificatosi, formando, altresì, adeguatamente i preposti alla gestione; nonché ove ricorra la sussistenza di un semplice rapporto di occasionalità necessaria, tra le incombenze assegnate all’autore dell’illecito e la commissione dell’illecito stesso, tanto da renderne possibile e agevolarne la causazione. (1)

(1) SULLA RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO
PER FATTO ILLECITO DEL DIPENDENTE

1. — In occasione del rapporto di lavoro, una lavoratrice subiva violenza sessuale da un collega. A seguito di questa violenza, la lavoratrice, dopo aver denunciato il fatto nelle sedi penali (e nelle more dello svolgimento del giudizio penale), chiedeva al datore di lavoro di adottare tutte le misure organizzative e le precauzioni possibili per evitare l’incontro con il lavoratore che l’aveva aggredita, sino a proporre il trasferimento in altra sede di assegnazione per lo svolgimento delle medesime mansioni. L’inerzia del datore di lavoro rispetto alla richiesta della lavoratrice la costringeva a rassegnare le dimissioni al fine di porre termine al suo stato di disagio e di prostrazione. Adiva, in seguito, il Tribunale di Torino, Sezione lavoro, che, con sentenza dell’11.7.2016, accoglieva il ricorso della lavoratrice ritenendo sussistente la responsabilità diretta del datore di lavoro ai sensi dell’art. 2087 c.c., per il danno non patrimoniale conseguente

al fatto di reato, avendo lo stesso omesso l'adozione di misure concrete atte a consentire alla lavoratrice di riprendere l'attività lavorativa in un ambiente privo di rischi per la propria salute e la propria dignità, nonché quella indiretta ai sensi dell'art. 2049 c.c. per il danno non patrimoniale conseguente al fatto di reato commesso da un suo dipendente ai danni di un altro. Contro questa sentenza ricorreva in appello il datore di lavoro chiedendone l'integrale riforma sulla base di molteplici motivi, tra cui l'impossibilità per il datore di lavoro di tenere una condotta diversa da quella effettivamente tenuta in virtù del fatto che, all'epoca dei fatti, il datore di lavoro aveva acquisito informazioni diametralmente opposte circa il reale svolgimento dei fatti e, quindi, in via prudenziale aveva inteso attendere l'esito del giudizio penale. Il lavoratore accusato, infatti, aveva sempre negato l'addebito. Orbene, sostiene la difesa del datore di lavoro che il Tribunale ha scritto una sentenza «col senno del poi», e cioè alla luce delle sentenze penali di condanna del lavoratore che, al momento dello svolgimento dei fatti, il datore di lavoro non poteva conoscere. La Corte d'Appello di Torino, con la pronuncia che si commenta, conferma la sentenza di primo grado ritenendola sufficientemente e correttamente motivata, e indipendente dal reato penale accertato, in quanto basata solo sul comportamento che il datore di lavoro avrebbe dovuto tenere, subito dopo la sola denuncia della lavoratrice, in conformità al dettato normativo dell'art. 2087 c.c.

2. — La sentenza in commento ripercorre con dovizia di particolari i fatti e i momenti salienti del precedente giudizio, concentrando poi la decisione su alcuni profili che meritano di essere in questa sede approfonditi. In primo luogo, la Corte d'Appello di Torino precisa la portata dell'obbligo di sicurezza sancito dall'art. 2087 c.c. Come noto, sul datore di lavoro incombe l'obbligo di garantire la sicurezza dei lavoratori. Egli deve, infatti, porre in essere tutte le misure di prevenzione per eliminare o ridurre al minimo il verificarsi di situazioni di pericolo per la salute e la sicurezza dei lavoratori che si rivelino opportune in relazione alla particolarità del lavoro e secondo l'esperienza e la tecnica; deve informare i lavoratori dei rischi esistenti e dei mezzi di prevenzione e deve esigere che i lavoratori facciano uso dei dispositivi di protezione. In altre parole, l'art. 2087 impone all'imprenditore, in ragione della sua posizione di garante dell'incolumità fisica del lavoratore, di adottare tutte le misure atte a salvaguardare chi presta la propria attività lavorativa alle sue dipendenze (Non è possibile in questa sede ripercorrere l'ampia bibliografia sul tema, ma si vedano almeno i contributi pubblicati su Aidlass 2007). La responsabilità del datore è infatti di natura contrattuale, atteso che il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge, ai sensi dell'art. 1374 c.c., dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza e lo inserisce nel sinallagma contrattuale. Da ciò discende che l'onere di provare l'esistenza del danno, come pure la nocività dell'ambiente di lavoro incombe sul lavoratore stesso. Sul datore di lavoro invece grava l'onere di dimostrare di aver adottato tutte le cautele necessarie per evitare il danno (Cass. 13.8.2008, n. 21590, in *LG*, 2008, 1272; Cass. 27.2.2015, n. 3989, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass. 28.10.2016, n. 21882, in *www.italgiure.giustizia.it*). Dall'art. 2087 c.c. non deriva tuttavia una responsabilità oggettiva del datore di lavoro al verificarsi del danno (Cfr., *ex multis*, Cass. 27.2.2017, n. 4970, in *www.italgiure.giustizia.it*). Sicché la responsabilità del datore di lavoro *ex art. 2087 c.c.* non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, contrariamente alla

responsabilità di natura extracontrattuale che incombe sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2049 c.c., su cui torneremo *infra*.

Quella che è stata definita in dottrina come la «straordinaria capacità di adattamento della norma codicistica» (Così Natullo 2014, 9) ha consentito alla giurisprudenza di riempire di contenuti la parte riferita alla tutela della «personalità morale» del prestatore di lavoro e in generale della sua «dignità» (Albi 2008, 50; Lassandari 2007, 39), ivi rinvenendone le ragioni per affermare la responsabilità del datore di lavoro – diretta o indiretta e solidale – per le molestie sessuali subite a opera dello stesso datore di lavoro o di altri dipendenti (Tra le tante, cfr.: T. Firenze 20.4.2016, in *olympus.uniurb.it*; T. Nola 3.10.2000, in *LG*, 2000, 361; T. Milano 8.6.2001, in *RCDL*, 2001, 1067; Cass. 17.7.1995, n. 7768, in *MGL*, 1995, 561; Cass. 18.4.2000, n. 5049, in *OGL*, 2000, I, 505; in dottrina, cfr. Pizzoferrato 2000), per la tutela del lavoratore contro il *mobbing* e per la definizione qualitativa e quantitativa dei conseguenti danni risarcibili (Cass. 22.3.2018, n. 7097, in *www.italggiure.giustizia.it*; nello stesso senso, Pret. Trento 22.2.1993, in *GC*, 1994, I, 555, con nota di Raffi; in *RIDL*, 1994, II, 172, con nota di Poso; T. Milano 19.6.1993, in *RCDL*, 1994, 130; Cass. 17.7.1995, n. 7768, in *NGL*, 1995, 740; Cass. 1.2.1995, n. 1168, in *NGL*, 1995, 421; T. Pisa 7.10.2001, in *RGL*, 2002, n. 2, 353, con nota di Scillieri; T. Bergamo 19.12.2013, n. 972, in *olympus.uniurb.it*; T. Milano 3.3.2015, n. 455, in *olympus.uniurb.it*; in dottrina cfr. Albi 2008, 305). Pertanto, le molestie sessuali sul luogo di lavoro, incidendo sulla salute e sulla serenità (anche professionale) del/la lavoratore/trice, comportano l'obbligo a carico del datore di lavoro – ai sensi dell'art. 2087 c.c. – di adottare tutte le misure necessarie per evitare il verificarsi del rischio. Insomma, lo *status* di soggezione anche meramente psicologica – che, secondo la giurisprudenza, diventa ingravescente quando il rapporto di subordinazione si realizza fra soggetti di sesso diverso – comporta l'obbligo giuridico del datore di lavoro di vigilare affinché nel contesto organizzativo nessuno approfitti della sua posizione gerarchica per acuire lo stato di soggezione del subordinato. Ciò che si impone al datore di lavoro e ai suoi preposti, in ogni caso, è il rispetto della personalità di ciascun lavoratore, e l'adozione, a norma dell'art. 2087 c.c., di tutti i provvedimenti che risultino idonei a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori e delle lavoratrici, anche contro il rischio di subire violenze e molestie sessuali (Cass. 18.4.2000, n. 5049, in *MGL*, 2000, 773, 62).

Le conclusioni della Corte d'Appello, d'altronde, appaiono in linea con le acquisizioni del diritto comunitario per il quale il diritto allo svolgimento dell'attività lavorativa in un ambiente salubre costituisce un interesse fondamentale anche dell'Unione europea (Caruso 1997, 20; Angelini 2013, 7). Basti ricordare, in proposito, l'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea firmata a Nizza il 7.12.2000, secondo cui «Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose», e le direttive comunitarie che collegano il diritto alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro alla formazione dei lavoratori (Cfr. art. 12, Direttiva n. 89/391, e, nel diritto interno, l'art. 37 del d.lgs. n. 81/08; in dottrina, cfr. Del Punta 1997, 157). Costituisce, quindi, un corollario logico quello esplicitato dalla Corte d'Appello, secondo cui al datore di lavoro compete anche l'obbligo di formare il proprio personale non solo per evitare il realizzarsi di situazioni quali quelle oggetto della sentenza in commento, ma anche per saper gestire al meglio le fasi successive, ovvero quelle del rientro al la-

voro della vittima della molestia o della violenza. Insomma, la Corte d'Appello di Torino esplicita il diretto rapporto tra la formazione dei lavoratori (e in particolare dei preposti, individuati ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2008) e la sicurezza sul lavoro, che, in questo caso, va oltre la formazione intesa come conoscenza delle mansioni da svolgere, dei rischi dell'ambiente di lavoro e delle misure di prevenzione (individuali e collettive) idonee a prevenirli, per giungere alla formazione dei preposti sui rischi specifici derivanti dalla lesione della dignità dei lavoratori (ad es., a seguito di violenza o di molestie) e sulle modalità di gestione della fase successiva al loro verificarsi, ovvero sulle modalità organizzative da adottare per ridurre al minimo gli effetti della violazione della dignità e della salute della lavoratrice vittima della violenza. Pertanto, il comportamento inerte del datore di lavoro – tramite i di lui preposti – nel gestire il rientro al lavoro della lavoratrice vittima della violenza (consistito nel non adottare le modifiche organizzative necessarie per tutelare al meglio la sua dignità e la sua salute) si traduce in incuria e disinteresse nei confronti del benessere lavorativo della dipendente, con conseguente violazione da parte datoriale del disposto di cui all'art. 2087 c.c. (In questi termini, cfr. Cass. 29.3.2018, n. 7844, in www.italggiure.giustizia.it, secondo cui un ambiente di lavoro ostile e stressante tollerato dal datore di lavoro costituisce violazione dell'art. 2087 c.c.; in senso conforme Cass. 19.2.2016, n. 3291, in www.italggiure.giustizia.it) e del d.lgs. n. 81/2008, che, come noto, definisce la «salute» del lavoratore come uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia e d'infermità, e la «formazione» come quel processo educativo attraverso il quale trasferire ai lavoratori conoscenze e procedure utili all'acquisizione di competenze per lo svolgimento in sicurezza dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi (Cfr. art. 2, d.lgs. n. 81/2008, su cui cfr., almeno, Pascucci 2017, 21; più in generale sul d.lgs. n. 81/08, cfr. Zoppoli *et al.* 2010).

In conclusione, la sentenza in commento, se da un lato giustifica la sospensione del procedimento disciplinare nei confronti del dipendente presunto aggressore poiché ritiene giustificato attendere l'esito del giudizio penale, dall'altro lato ritiene sufficiente la semplice denuncia della vittima, ancorché smentita dall'autore dell'illecito, al fine di porre in essere le misure di prevenzione e protezione della lavoratrice, a prescindere dall'esito del giudizio penale. Ciò nonostante l'esito dell'istruttoria (seppure sommaria) condotta dal datore di lavoro, dalla quale era emerso non solo il sostanziale contrasto fra le versioni rese dal lavoratore e dalla lavoratrice, ma anche testimonianze di colleghi di lavoro che affermavano di non ritenere il lavoratore colpevole del fatto grave commesso ai danni della lavoratrice. In altre parole, per la Corte d'Appello il dovere del datore di lavoro di garantire l'integrità psico-fisica della lavoratrice presunta vittima prevale sul diritto del presunto aggressore di essere considerato innocente fino alla sentenza penale di condanna divenuta definitiva. In tale prospettiva, non sembra esserci possibilità di coordinamento tra l'obbligo di sicurezza e la presunzione di innocenza, costituzionalmente garantita.

3. — La pronuncia in commento torna, infine, sulla responsabilità indiretta del datore di lavoro per i fatti illeciti del preposto ai sensi dell'art. 2049 c.c. ritenendo sufficiente il nesso di «occasionalità necessaria» tra l'espletamento delle mansioni e l'avverarsi dell'evento lesivo. Come noto, la *ratio* a fondamento dell'art. 2049 c.c. risiede

nella funzione di garanzia posta a carico del committente, per assicurare al danneggiato maggior possibilità di risarcimento del danno. Ciò è conforme alla esigenza sociale in virtù della quale chi dispone del lavoro altrui deve accollarsi anche le conseguenze dannose di tale attività. Secondo la giurisprudenza, tale responsabilità è configurabile non solo quando sussiste un rapporto di causalità tra mansioni ed evento dannoso, ma anche quando l'espletamento delle mansioni costituisce un'ipotesi di agevolazione nel compimento del fatto illecito. È, infatti, ormai pacifico che il datore di lavoro è responsabile del danno cagionato dal comportamento doloso o colposo del proprio dipendente quando fra l'espletamento delle mansioni di quest'ultimo e l'evento lesivo sussista anche solo un rapporto di «occasionalità necessaria», vale a dire quando le mansioni affidate al lavoratore abbiano reso anche solo possibile o agevolato il comportamento produttivo del danno. Siffatta responsabilità indiretta andrebbe, invece, esclusa quando il fatto lesivo viene commesso dal dipendente al di fuori dell'esercizio delle mansioni affidategli, in veste di «semplice cittadino», per finalità del tutto personali ed estranee o contrarie alle funzioni demandategli (In questo senso, cfr.: Cass. 22.8.2007, n. 17836, in *RC*, 2007, 285; Cass. 30.1.2008, n. 2089, in *GI*, 2008, 2721; Cass. 12.3.2008, n. 6632, in *Danno e responsabilità*, 2008, n. 12, 1219; Cass. 25.3.2013, n. 7403, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass. 4.4.2013, n. 8210, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass. 10.10.2014, n. 21408, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass. 22.9.2015, n. 18691, in *DI*, 2016, 17; Cass. 9.6.2016, n. 11816, in *www.italgiure.giustizia.it*). Insomma, l'automatismo dell'insorgenza della responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2049 c.c. si attenua mano a mano che la condotta del preposto si allontana dalle mansioni e dai compiti affidati (Cass. 4.11.2014, n. 23448, in *www.italgiure.giustizia.it*), ma non si esclude quando la condotta sia anche solo indirettamente ricollegabile alle attribuzioni proprie del lavoratore (Cass. 29.12.2011, n. 29727, in *GC*, 2011, n. 12, 1889). L'unico caso in cui la configurabilità della responsabilità in esame è impedita è quello dell'assoluta estraneità della condotta del preposto alle sue mansioni e compiti, quand'anche deviate o distorte (Cass. 9.6.2016, n. 11816, cit.). Nel caso di specie, l'aggressore ha posto in essere il fatto di reato nel luogo e nell'orario di lavoro e nell'esercizio delle incombenze affidategli dall'azienda, facilitato, in ciò, sia dal potere di supremazia gerarchica che aveva nei confronti della lavoratrice, sia dal fatto che per la stessa fosse il primo giorno di lavoro nel reparto ove lavorava il suo aggressore. Pertanto, il datore di lavoro è responsabile della condotta del preposto, proprio in ragione della mancata adozione delle misure ragionevolmente idonee, in rapporto alla peculiarità del caso, a prevenire le condotte devianti del preposto.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2007), *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale Aidlass, Napoli, 31 marzo-1° aprile 2006, Giuffrè, Milano.
- Albi P. (2008), *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, Giuffrè, Milano.
- Angelini L. (2013), *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in *I WorkingPaper di Olympus*, n. 29, 1 ss.

- Caruso B. (1997), *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in Montuschi L. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 6 ss.
- Del Punta R. (1997), *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in Montuschi L. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 157 ss.
- Lassandari A. (2007), *Il ruolo centrale dell'art. 2087 c.c.*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Vessazioni e angherie sul lavoro. Tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Zanichelli, Bologna, 39 ss.
- Natullo G. (2014), *Il quadro normativo dal codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima sicurezza (astrattamente) possibile alla Massima sicurezza ragionevolmente (concretamente) applicata?*, in *I WorkingPapers di Olympus*, n. 39, 1 ss.
- Pascucci P. (2017), *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, in *Collana Quaderni di Olympus*, Aras Edizioni, Fano.
- Pizzoferrato A. (2000), *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Cedam, Padova.
- Zoppoli L. et al. (2010), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Aggiornato al d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Ipsoa, Milano.

Ornella La Tegola
*Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»*

CORTE D'APPELLO TORINO, 5.10.2017 – Pres. ed Est. Mancuso – P.P. (avv.ti Civale, Mazziotti) c. Pea Spa (avv.ti Rotondi, Bani, Martella, De La Forest).

Conf. Tribunale di Torino, 14.7.2017, con parziale riforma sulle sole spese.

Licenziamento individuale – Omessa affissione del codice disciplinare – Irrilevanza per mancanze afferenti al cd. «minimo etico» – Vizio procedurale per inadempienze correlate a previsioni pattizie – Sanzione meramente indennitaria.

In caso di licenziamento disciplinare, il principio di necessaria pubblicità del codice disciplinare mediante affissione in luogo accessibile a tutti non rileva con riferimento a inadempienze relative ai doveri fondamentali del lavoratore, mentre l'omessa affissione del codice disciplinare determina una violazione procedurale, sanzionabile ai sensi dell'art. 18, c. 6, l. n. 300/1970, per mancanze concernenti la violazione di previsioni pattizie. (1)

(1) OMESSA AFFISSIONE DEL CODICE DISCIPLINARE E TUTELA APPLICABILE

1. — La Corte d'Appello di Torino viene chiamata a pronunciarsi in relazione a un licenziamento disciplinare irrogato a seguito di reiterate assenze ingiustificate, sulla scorta di una recidiva specifica sanzionata con due precedenti provvedimenti di sospensione.

La prima fase del giudizio, azionato con ricorso *ex art. 1, c. 48, l. n. 92/2012*, si era conclusa con ordinanza di accoglimento e conseguente annullamento del licenziamento, con condanna della società alla reintegrazione della lavoratrice e al pagamento di un'indennità corrispondente a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto con deduzione del Tfr percepito, versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e rifusione delle spese processuali.

Avverso detta ordinanza proponeva opposizione, *ex c. 51, art. 1, cit.*, la società datrice deducendo l'equipollenza della consegna del regolamento aziendale (contenente il codice disciplinare) all'affissione dello stesso e la legittimità del licenziamento *ex art. 3 della l. n. 604/1966*.

Il Tribunale adito, con sentenza del 14.7.2017, ritenuto illegittimo il licenziamento in considerazione della mancata affissione del codice disciplinare, in applicazione del c. 6 dell'art. 18 dichiarava risolto il rapporto di lavoro fra le parti e condannava la società a pagare alla lavoratrice un'indennità commisurata a 6 mensilità della retribuzione globale di fatto, compensando integralmente le spese processuali.

Avverso tale sentenza, la lavoratrice proponeva reclamo ai sensi del c. 58, art. 1, *cit.*, stigmatizzando l'argomentare del giudice dell'opposizione e deducendo che il Tribunale, pur correttamente ritenendo illegittimo il licenziamento, aveva errato nell'individuazione del rimedio sanzionatorio applicabile, dovendo trovare applicazione

il c. 4 dell'art. 18 (per insussistenza del fatto contestato o perché lo stesso era punibile con una sanzione conservativa) o in subordine il c. 5 (essendo la sanzione espulsiva sproporzionata rispetto all'addebito), e contestando, altresì, l'erroneità della sentenza nel capo in cui aveva disposto la compensazione delle spese processuali.

La decisione in commento, *incidenter tantum*, affronta la problematica del reclamo incidentale proposto dalla società. L'impugnazione incidentale *de qua*, pur tempestivamente proposta, viene dichiarata improcedibile stante l'omessa notificazione alla controparte, in conformità al granitico orientamento giurisprudenziale in base al quale, «una volta ammessa la possibilità per la parte reclamata nel “rito Fornero” di proporre il reclamo incidentale ai sensi dell'art. 436 c.p.c., non v'è ragione per escludere l'applicazione integrale della disposizione, in quanto compatibile col rito speciale, e dunque la sussistenza, in capo alla stessa parte, dell'onere di provvedere, ai sensi del comma 3, alla notificazione alla controparte della memoria di costituzione contenente il reclamo incidentale almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata» (Cass. n. 20604/2008, S.U., in *FI*, 2009, n. 4, I, 1130; Cass. n. 7114/2017, in Banca dati *DeJure*). In particolare, con riferimento proprio all'omessa notificazione dell'appello incidentale, la Corte adita – condivisibilmente – aderisce al consolidato principio in base al quale, «nel rito del lavoro, l'appello incidentale, pur tempestivamente proposto, ove non sia stato notificato, va dichiarato improcedibile poiché il giudice, in attuazione del principio della ragionevole durata del processo *ex art. 111, c. 2, Cost.*, non può assegnare all'appellante un termine per provvedere a nuova notifica e la suddetta improcedibilità è rilevabile d'ufficio trattandosi di materia sottratta alla disponibilità delle parti» (Cass. n. 837/2016, in *GC*, 2016, 483).

Risolta preliminarmente la questione procedurale e passando al merito del giudizio sottoposto al suo vaglio, la Corte d'Appello torinese mostra di aderire, condivisibilmente a parere di chi scrive, ai consolidati orientamenti giurisprudenziali in tema di conseguenze sanzionatorie relative all'omessa affissione del codice disciplinare.

Per inquadrare correttamente la fattispecie oggetto del giudizio occorre preliminarmente osservare che risulta del tutto pacifico, dai fatti di causa, che la società non avesse mai provveduto, come previsto dall'art. 7, c. 1, l. n. 300/1970, all'affissione del «codice disciplinare» nel luogo di lavoro della ricorrente, avendo solo consegnato alla stessa il regolamento aziendale contenente le disposizioni del Ccnl relative alle sanzioni disciplinari.

Parimenti risulta non contestato, da un lato, che precedenti assenze ingiustificate della lavoratrice fossero state sanzionate con l'irrogazione di due sanzioni disciplinari della sospensione per 3 gg., e, dall'altro, che le successive assenze, per le quali era stato irrogato il provvedimento espulsivo, non fossero state formalmente giustificate dalla lavoratrice, che si era, invero, limitata a trasmettere messaggi telefonici dicendo di «essersi addormentata» e ad annotare sul «Registro presenze giornaliero», unilateralmente e in assenza di qualsivoglia autorizzazione datoriale, la dicitura «Pnr»: permesso non retribuito.

La Corte d'Appello, analiticamente ricostruita la fattispecie, distingue le conseguenze sanzionatorie della mancata affissione del codice disciplinare, affermando, in conformità al granitico orientamento della Cassazione (*Ex multis*, Cass. 24.2.2017, n. 4826, in *D&Gonline*, 2017, 27 febbraio), che, in materia di licenziamento disciplinare, il principio di necessaria pubblicità del codice disciplinare mediante affissione in

luogo accessibile a tutti non si applica nei casi in cui il licenziamento sia irrogato per sanzionare condotte del lavoratore che concretizzano violazione di norme penali o che contrastano con il cosiddetto «minimo etico», mentre deve essere data adeguata pubblicità al codice disciplinare con riferimento a comportamenti che violano prassi, non integranti usi normativi o negoziali.

In particolare si è già puntualmente osservato (Cass. 5.4.2017, n. 8826, in *GC*, 2017, 846) che, superato un periodo di incertezza, ormai in base a consolidati e condivisi orientamenti della Cassazione, deve ritenersi che la garanzia, prevista dalla l. n. 300/1970, art. 7, c. 1, di pubblicità del codice disciplinare mediante affissione in luogo accessibile a tutti non trova applicazione – per le sanzioni disciplinari, anche conservative – in tutti i casi nei quali il comportamento sanzionato sia immediatamente percepibile dal lavoratore come illecito, perché contrario al cd. minimo etico, ai doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro ovvero all’inserimento del lavoratore nella struttura e nell’organizzazione dell’impresa del datore di lavoro, ovvero a norme di rilevanza penale, in quanto il lavoratore ben può rendersi conto, anche al di là di una analitica predeterminazione dei comportamenti vietati e delle relative sanzioni da parte del codice disciplinare, della illiceità della propria condotta ed è quindi in condizione di esercitare adeguatamente il proprio diritto di difesa (Cass. 17.11.2014, n. 24392, in *D&Gonline*, 2014, 18 novembre; Cass. 29.5.2013, n. 13414, in *D&Gonline*, 2013, 30 maggio; Cass. 27.1.2011, n. 1926, in *GC*, 2011, n. 1, 127; Cass. 14.9.2009, n. 19770, in *GC*, 2009, n. 9, 1309; Cass. 18.9.2009, n. 20270, in *GC*, 2009, n. 9, 1339; Cass. 2.9.2004, n. 17763, in *NGL*, 2005, 231).

Logico corollario del dedotto ragionamento è che in tutti i casi in cui il comportamento sanzionatorio sia percepibile come illecito, poiché contrario al minimo etico o a norme di rilevanza penale, e in quelli in cui il licenziamento faccia riferimento a situazioni concretanti violazione di doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro (ad esempio, obbligo di fedeltà, rispetto del patrimonio e della reputazione del datore), l’affissione del codice disciplinare non rappresenta la *condicio sine qua non* della sanzione, atteso che il lavoratore ben può rendersi conto dell’illiceità della propria condotta, al di là di una analitica predeterminazione dei comportamenti vietati (Pederzoli 2015; Sartori 2005; Cass. 26.3.2014, n. 7105, in *RIDL*, 2015, II, 100 ss.).

In estrema sintesi, la violazione grave dell’obbligo di diligenza consente di «superare» il difetto di affissione del codice disciplinare (Proietti 2017).

Diversamente, quando la condotta contestata al lavoratore appaia in violazione non di generali obblighi rientranti nel cd. «minimo etico», ma di regole comportamentali negozialmente introdotte e/o funzionali al miglior svolgimento del rapporto di lavoro, l’affissione del codice disciplinare ai fini dell’irrogazione di una sanzione disciplinare è sempre necessaria (Scofferi 2017).

A tale proposito, la Corte di Cassazione afferma che occorre distinguere tra gli illeciti relativi alla violazione di prescrizioni strettamente attinenti all’organizzazione aziendale, per lo più ignote alla collettività e quindi conoscibili solo se espressamente previste e inserite nel cd. «codice disciplinare», e quelli costituiti da comportamenti manifestamente contrari agli interessi dell’impresa o dei lavoratori, per i quali, come detto, non è necessaria la specifica inclusione nello stesso codice disciplinare (Cass. 27.1.2011, n. 1926, in *Gdir.*, 2011, n. 9, 47; Cass. 10.5.2010, n. 11250, in *OGL*, 2010, I, 498; Cass. 14.9.2009, n. 19770, in *Gdir.*, 2009, n. 40, 74).

Orbene, applicando correttamente i suddetti principi, la Corte d'Appello torinese – ferma restando la pacifica omessa affissione del codice disciplinare – arriva a scindere le conseguenze delle inadempienze commesse dalla lavoratrice.

Quanto alle assenze ingiustificate, che la difesa della ricorrente vorrebbe far ritenere insussistenti, la Corte le ritiene acclarate e giustamente sanzionate, posto che dai suindicati principi si desume che – in linea astratta – la ingiustificata assenza dal servizio è un comportamento la cui lesività dei doveri fondamentali connessi con il rapporto di lavoro è immediatamente percepibile da parte del lavoratore, sicché esso è fuori dalla sfera di applicazione dell'obbligo di pubblicità. La *ratio* di tale obbligo è, infatti, rappresentata dalla garanzia del diritto di difesa del lavoratore, nel senso di tutelarlo contro il rischio di incorrere in una sanzione disciplinare per fatti non preventivamente conosciuti quali mancanze suscettibili di essere sanzionate (*Ex multis*, Cass. 10.11.2000, n. 14615, in *MGC*, 2000, 2297).

L'obbligo dell'affissione del codice disciplinare è, invece, inderogabile per tutti quegli illeciti disciplinari specifici che traggono origine dal contratto collettivo o comunque da norme comportamentali tali da non poter essere altrimenti conosciuti dal lavoratore trattandosi di puntuali regole comportamentali negozialmente previste (Cass. 21.7.2015, n. 15218, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2015, n. 2, 459; C. App. Milano 17.9.2007, in *LG*, 2008, 203).

Orbene, nel caso di specie, il fatto contestato e poi posto a fondamento del licenziamento è integralmente sussumibile nella previsione dell'art. 48, c. 1, lett. g, del Ccnl, che prevede la sanzione del licenziamento con preavviso in caso di recidiva in una delle mancanze contemplate nell'art. 47 quando siano stati già comminati, nel biennio precedente, due provvedimenti di sospensione sempre ai sensi dell'art. 47.

Ed è proprio sulla scorta della specifica previsione pattizia del Ccnl applicabile al rapporto che la condotta contestata alla lavoratrice appare violare non generali obblighi di legge o rientranti nel cd. minimo etico, bensì regole comportamentali negozialmente introdotte e condivise, cioè norme di azione derivanti da direttive pattizie.

Sicché, in applicazione dei dedotti principi, l'affissione del codice disciplinare prevista dal comma 1 dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970 si presenta(va) necessaria. Il tema, dunque, ad avviso della Corte, non era la conoscibilità della norma di condotta, ma la conoscibilità del suo rilievo a fini disciplinari, realizzata mediante la pubblicizzazione della delimitazione concordata dalle parti collettive nell'ambito dell'intervento repressivo in relazione alla tipizzazione degli addebiti, alla graduazione della loro rilevanza e alla correlazione delle sanzioni previste.

Ciò perché il fatto contestato alla lavoratrice e posto a fondamento del licenziamento, a differenza delle assenze ingiustificate dal lavoro, avrebbe richiesto la preventiva pubblicità delle norme disciplinari, essendo l'affissione volta a consentire al lavoratore di conoscere preventivamente le conseguenze della propria condotta e a determinarsi di conseguenza, e non potendo ritenersi che, in mancanza di affissione del codice disciplinare, il lavoratore possa sapere che un comportamento sanzionabile con un provvedimento di sospensione, ove preceduto da altri due provvedimenti di sospensione, può comportare il suo licenziamento.

Né, d'altra parte, l'affissione del codice disciplinare – la cui mancanza determina, ai sensi del citato art. 7, l'illegittimità del licenziamento – può essere sostituita dalla mera consegna del codice o del Ccnl al lavoratore, posto che, per esercitare legittima-

mente il potere disciplinare, il datore di lavoro deve dimostrare di aver portato a conoscenza dei lavoratori il codice disciplinare mediante affissione in luogo accessibile a tutti, non potendosi considerare equipollenti mezzi di comunicazione diversi (Vd., per tutte, Cass. n. 15218/2015, in *Igiuslavorista.it*, 2015, 27 luglio; T. Milano 2.9.2005, in *OGI*, 2005, 639).

Da quanto sopra dedotto, essendo indubbio che il fatto contestato sussista sotto ogni profilo e dovendo escludersi l'applicabilità della tutela reintegratoria prevista dal c. 4 dell'art. 18 in caso di «insussistenza del fatto» (Cass. n. 23669/14, in *GC*, 2014, 375; Cass. n. 20540/2015, in *FI*, 2015, n. 12, I, 3830), non può che condivisibilmente conseguire l'applicazione del regime sanzionatorio previsto dal c. 6 dell'art. 18.

La Corte adita, pertanto, conferma la sentenza impugnata, che, ritenuto illegittimo il recesso datoriale, ha dichiarato risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condannato la società a pagare alla lavoratrice un'indennità commisurata a sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre accessori, con accoglimento delle censure in punto spese, posto che, a fronte del parziale accoglimento della domanda, non si giustifica(va) l'integrale compensazione delle spese.

Riferimenti bibliografici

- Ivella F.S. (2017), *L'affissione del codice disciplinare è necessaria se si violano regole comportamentali introdotte negozialmente*, in *GDir.*, n. 6, 47 ss.
- Pederzoli C. (2015), *Pubblicità del codice disciplinare e sanzioni conservative in caso di violazione del cd. «minimo etico»*, in *RIDL*, II, 100 ss.
- Proietti M. (2017), *Il licenziamento per giusta causa e la proporzionalità della sanzione*, in *Il giuslavorista.it*, 16 marzo.
- Sartori M. (2005), *Recesso e potere disciplinare: la diversa intensità dell'onere datoriale nella compilazione del codice ai sensi dell'art. 7 St. lav.*, in *OGI*, II, 602 ss.
- Scofferi M. (2017), *Quando è necessaria (e quando non lo è) l'affissione del codice disciplinare*, *D&G*, n. 4, 8 ss.

Fabiola Lamberti
Avvocata – Ph.D.
e professoressa a contratto di Diritto del lavoro

TRIBUNALE MILANO, 22.9.2017, ord. – Est. Di Leo – X.X. (avv.ti Rossi, Macri) c. Scrl (avv. Calvino).

Cooperative di lavoro – Periodo di comporta – Ccnl inderogabile *in peius* – Esclusione del socio lavoratore.

Sono illegittimi l'esclusione e il licenziamento intimati al socio lavoratore di cooperativa per il superamento di un periodo di comporta stabilito dal regolamento interno, in deroga peggiorativa rispetto alla misura posta dal Ccnl: l'individuazione del periodo di comporta è infatti rimessa all'autonomia collettiva dall'art. 2110 c.c., che si deve considerare norma imperativa e non derogabile. (1)

(1) ESCLUSIONE E LICENZIAMENTO DEL SOCIO LAVORATORE
IN DEROGA PEGGIORATIVA DEL CONTRATTO COLLETTIVO

1. — La tutela del socio lavoratore contro il licenziamento ingiustificato resta un tema controverso che la giurisprudenza è chiamata a risolvere. Nel caso in oggetto, il Tribunale di Milano si è espresso, con ordinanza di accoglimento, su un ricorso contro esclusione e licenziamento intimati al socio lavoratore per il superamento del periodo di comporta fissato dal regolamento interno della cooperativa, in deroga peggiorativa rispetto al Ccnl. Il socio lavoratore, ricorrente, che svolgeva mansioni di autista di autotreni, subiva un infortunio che si sarebbe protratto per 131 giorni, e, in seguito, si assentava dal lavoro per un periodo di malattia della durata di 161 giorni. Viene quindi escluso dalla cooperativa sulla base del regolamento interno, che dispone la cessazione del rapporto sociale decorsi 180 giorni di assenza per malattia o infortunio. Tale disposizione risulta peggiorativa rispetto a quanto previsto dal Ccnl trasporto merci, spedizioni e logistica, che prevede invece un periodo di comporta di 365 giorni, calcolato sui giorni di assenza per malattia e non anche su quelli per infortunio.

2. — Il tema del rapporto tra norme interne alla società cooperativa e autonomia collettiva, centrale nella risoluzione della presente questione, emerge fin dalle questioni preliminari eccepite in giudizio dalla convenuta. La società cooperativa, infatti, invoca la clausola compromissoria contenuta nello statuto, chiedendo che si rilevi l'incompetenza funzionale del giudice del lavoro: seguendo infatti tale clausola, la causa avrebbe dovuto essere devoluta ad arbitri. Il giudice di merito rileva sul punto che la disposizione non costituisce valida fattispecie di devoluzione ad arbitri, dal momento che l'art. 412-ter c.p.c. prevede sì tale possibilità anche su cause di lavoro, ma con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative. L'art. 806, c. 2, c.p.c., inoltre, conferma che le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. possono essere decise da arbitri «solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro». In tal senso, la Suprema Corte già aveva chiarito la necessità che la clausola compromissoria fosse prevista non dallo statuto della cooperativa, ma dal contratto collettivo nazionale di lavoro (Cass. 11.8.2014, n. 17868, inedita a quanto consta). Le Sezioni Unite, peraltro, in una recente pronuncia

(Cass. 20.11.2017, n. 27436, S.U., in *MGC*, 2018), ritengono, con un *obiter dictum*, che «lo statuto della cooperativa rappresenta un contratto normativo [soltanto] apparente, perché esso, pur ponendo una serie di norme, è destinato a disciplinare non già futuri rapporti, sibbene rapporti che sono in atto». Sulla base di questo assunto sembra quindi venir meno, come peraltro rilevato dal giudice di merito, la pretesa assimilazione della clausola statutaria al contratto collettivo.

A questo rilievo, si aggiunge la riaffermazione del principio della *vis attrattiva* del rito del lavoro: la controversia sul licenziamento e l'impugnazione della delibera di esclusione, infatti, appaiono fondate su identici fatti costitutivi e si ritiene quindi di applicare l'art. 40, c. 3, c.p.c., rilevando la connessione delle cause con preferenza per il rito speciale di cui all'art. 409 c.p.c. Il giudice di merito sul punto fa riferimento a una pronuncia della Cassazione (Cass. 21.11.2014, n. 24917, in *GComm*, 2015, n. 6, II, 1245) secondo cui esso costituisce «una regola a cui deve riconoscersi carattere generale e preminente per gli interessi di rilevanza costituzionale che la norma processuale è preordinata a garantire». Tale orientamento, pur sostenuto da consistente giurisprudenza (Tra cui Cass. 8.8.2016, n. 16641, inedita a quanto consta; Cass. 27.11.2014, n. 25237, in *Le Società*, 2015, n. 5, 578), sembra però porsi in contrasto con il dettato dell'art. 5, comma 2, della legge 3 aprile 2001, n. 142, così come novellato dalla riforma delle società di capitali (Si vedano, in dottrina, Costantini 2012, Imberti 2012, Meliàdò 2003). Secondo il nuovo testo, infatti, «le controversie tra socio e cooperative relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del tribunale ordinario». Tuttavia, la giurisprudenza non assegna prevalenza automatica al rito societario. Da un lato, infatti, la Consulta si è pronunciata (C. cost. 28.3.2008, n. 71, in *LG*, 2008, n. 8, 793) dichiarando illegittimo l'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 5/2003, sia pure solo per eccesso di delega, senza dunque valutare nel merito il venir meno delle garanzie previste dal rito del lavoro. Dall'altro, resta ferma una risalente pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. 30.10.1998, n. 10906, S.U., in *GC*, 1999, I, 62), secondo cui il rapporto tra socio lavoratore e cooperativa si qualifica come associativo, ma appartiene a una «categoria contigua e interdipendente a quella del lavoro subordinato o parasubordinato». Secondo la citata pronuncia delle Sezioni Unite, inoltre, «alla graduale estensione al socio cooperatore della tutela sostanziale propria del lavoratore subordinato deve corrispondere una analoga estensione della tutela processuale». Di recente, operando una ricognizione delle decisioni passate, la Cassazione (Cass. 9.6.2015, n. 19975, in *MGC*, 2015) sembra aver confermato la prevalenza del rito del lavoro, anche rispetto alla riforma dell'art. 5, c. 2, della legge 3 aprile 2001, n. 142: secondo il giudice di legittimità (Cass. 5.7.2011, n. 14741, in *RIDL*, 2012, n. 4, II, 858), «il legislatore del 2003, pur evidenziando la necessità di un più stretto collegamento genetico e funzionale del rapporto di scambio mutualistico con quello associativo, ha confermato il tratto essenziale della riforma, e cioè la sicura coesistenza, nella cooperazione di lavoro, di una pluralità di rapporti contrattuali e la conseguente irriducibilità del lavoro cooperativo a una dimensione puramente societaria». Appare quindi ragionevole ritenere, e in questo solco si pone la più recente sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (Cass. 20.11.2017, n. 27436, S.U., in *DRI*, 2018, n. 1, 280), che il rapporto in questione sia equiparabile ai vari rapporti previsti dall'art. 409 c.p.c., che – giova ricordarlo – assicura garanzie processuali in favore della parte economicamente più debole del rapporto contrattuale.

Nel caso di specie, il giudice del lavoro si dichiara competente a conoscere la causa, sia affermando la prevalenza del rito speciale di lavoro su quello ordinario sulla base del *favor* verso il lavoratore, sia valutando la clausola statutaria inadatta a costituire valida fattispecie di devoluzione ad arbitri, ritenendo di non doverla assimilare al contratto collettivo nazionale, a cui sarebbe concesso in virtù dell'art. 412-*ter* c.p.c. di demandare il potere decisorio ad arbitri anche per le controversie di lavoro. I ragionamenti del giudice di merito sulle questioni preliminari rispecchiano la logica che guida la risoluzione della causa anche nel merito, essendo centrale in questa controversia il rapporto tra contrattazione collettiva e norme interne alla società cooperativa alla luce dei diritti spettanti al ricorrente sia come lavoratore sia come socio.

3. — Quanto al rapporto associativo, il giudice di merito ritiene invalida la delibera di esclusione del socio, in virtù dell'art. 2533 c.c. La cooperativa convenuta aveva infatti escluso il socio lavoratore sulla base del superamento del periodo di comportamento che, secondo il regolamento interno, faceva cessare il rapporto sociale. Il superamento del periodo di comportamento veniva infatti qualificato come grave inadempienza colposa che avrebbe legittimato il recesso unilaterale *ex* art. 2533, c. 2, c.c. Tuttavia, il concetto di grave inadempimento presuppone una causa imputabile all'obbligato secondo quanto si deduce dall'art. 1218 c.c.: il giudice esclude quindi che si possa trattare di grave inadempimento, perché il periodo di malattia o infortunio rappresenterebbe «giorni in cui il lavoratore non potrebbe recarsi al lavoro per la tutela della propria salute secondo i principi di cui all'articolo 32 Cost. e, nei quali, parimenti, il datore di lavoro non potrebbe ricevere la prestazione *ex* articolo 2087 c.c.». Più che la declaratoria di invalidità della delibera di esclusione, sono di particolare interesse gli ulteriori rilievi del giudice che, discendendo dalla illegittimità della cessazione del rapporto associativo, affrontano due questioni controverse nella disciplina a tutela del socio lavoratore di cooperativa.

4. — Innanzitutto, il Tribunale ribadisce in concreto l'unidirezionalità del collegamento negoziale tra rapporto sociale e lavorativo. Il giudice di merito rileva infatti come il periodo di comportamento sia previsto non per il rapporto sociale, ma con riferimento al rapporto di lavoro, essendo giustificato dagli «effetti dell'assenza sull'attività produttiva, sull'organizzazione del lavoro e sul regolare funzionamento dell'impresa». Sembrano invece mancare ragioni altrettanto valide per l'esclusione del socio dopo un prolungato periodo di assenza lavorativa, che non necessariamente influisce sulle dinamiche associative. Sul punto, l'ordinanza in commento anticipa quanto le Sezioni Unite affermeranno con la successiva pronuncia del 20.11.2017, n. 27436, secondo cui «la cessazione del rapporto di lavoro [...] non implica necessariamente il venir meno di quello associativo». Come rilevato anche in dottrina (Ferluga 2005), «il contratto associativo costituisce presupposto ineliminabile per la costituzione del rapporto di lavoro del socio lavoratore, con la conseguenza che la sorte di un rapporto (quello associativo) si ripercuote sull'altro (quello di lavoro), ma non viceversa». Questo nesso funzionale di interdipendenza, che discende dal rapporto associativo a quello di lavoro in maniera unilaterale, trova conferma nel dettato normativo dell'art. 1, c. 3, della l. n. 142/2001, che afferma come il socio lavoratore di cooperativa stabilisca un rapporto di lavoro *ulteriore* rispetto all'instaurazione del rapporto associativo. La preminenza

del rapporto associativo su quello di lavoro, oltre che discussa da dottrina e giurisprudenza, è stata precisata anche dal ministero del Lavoro (Circolare 18.3.2004, n. 10).

5. — Il giudice di merito dichiara inoltre l'invalidità della delibera di esclusione, da considerarsi in conclusione illecita e nulla, in quanto contrasterebbe con la norma imperativa dell'art. 2110 c.c. Se anche infatti si volesse ritenere che il superamento del periodo di comporto, pur previsto in relazione all'attività lavorativa, travolga il rapporto societario, la norma civilistica devolve la definizione di tale periodo non al regolamento della cooperativa, ma all'autonomia collettiva. Né sembra valere l'eccezione sollevata dalla cooperativa convenuta secondo cui il divieto di derogabilità *in peius* varrebbe solo per il trattamento economico minimo, come sembra suggerire la lettera dell'art. 6, c. 2, l. n. 142/2001. Nell'escludere tale interpretazione, il giudice di merito rileva che «il legislatore, con tale ultima norma, non intendeva, certamente, derogare le disposizioni imperative di legge poste a tutela della salute dei lavoratori e della conservazione del posto di lavoro nel periodo di malattia come disciplinate dall'articolo 2110 c.c., non potendosi ritenere che volesse rendere la materia “disponibile” alla autonomia delle parti private, nemmeno per le cooperative».

La derogabilità *in peius*, dunque, resterebbe facoltà residuale demandata all'autonomia collettiva e, sul punto, sembrano valide le considerazioni già svolte sulle questioni preliminari, in merito al valore delle norme interne rispetto alla contrattazione collettiva (Si veda, in dottrina, Zoli 2003). Il regolamento della cooperativa, peraltro, pur costituendo un atto qualificante per la disciplina e la definizione dei rapporti interni alla società, anche rispetto all'organizzazione del lavoro, non potrebbe «spingersi sino a condizionare l'efficacia stessa della disciplina legale», come rilevato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 5.7.2011, n. 14741, cit.). Infatti, prosegue la Cassazione, «il regolamento costituisce pur sempre un atto di autonomia privata», a cui «in difetto di espressa autorizzazione [...] non è consentito di condizionare gli effetti e, nel caso, addirittura di precludere l'operatività di una disciplina legale di tutela del lavoro».

Tale rilievo, con riferimento ai concreti rapporti di forza tra società, ancorché cooperativa, e lavoratori, viene raccolto dal giudice di merito, che precisa come «affidare alla *discrezionalità* dell'assemblea dei soci lo stabilire tale “limite di tolleranza” per la conservazione del rapporto societario e del posto di lavoro non sia consentito in quanto potrebbe indurre i lavoratori, quali parti deboli, ad accettare previsioni eccessivamente sfavorevoli».

Sebbene, infatti, non si possa considerare il regolamento interno come un atto unilaterale, dal momento che prevede la partecipazione dei soci alla formazione della volontà, a esso mancano comunque i requisiti oggettivi e soggettivi che autorevole dottrina (Lassandari 2001) indica come *quid pluris* per la distinzione del contratto collettivo dai negozi meramente plurisoggettivi. In particolare, la mancanza di contrattazione e l'assenza del soggetto sindacale sembra porre una rilevante questione in merito alla possibilità di sintesi dei diversi interessi individuali dei soci (e dei soci lavoratori) in un unico interesse collettivo di categoria.

6. — Il giudice di merito, infine, dichiarando invalida la delibera di esclusione, dichiara conseguentemente illegittimo il licenziamento intimato, applicando l'art. 18, c. 4, St. lav. e ordinando la reintegrazione del socio lavoratore, in forza del rinvio di cui

all'art. 2, c. 1, l. n. 142/2001, secondo cui «ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato si applica la legge 20 maggio 1970, n. 300». L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 18 prevista dalla norma in questione riguarda infatti solo il caso in cui «venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo» e non opera quindi quando la delibera di esclusione sia giudicata invalida.

Infatti, il nesso di consequenzialità fra il recesso o l'esclusione del socio e l'estinzione del rapporto di lavoro «implica, tra l'altro, che, rimosso il provvedimento di esclusione, il socio avrà diritto alla ricostituzione del rapporto associativo e del concorrente rapporto di lavoro» (Così Cass. 5.7.2011, n. 14741, citata da Cass. 13.5.2016, n. 9916, in *DRI*, 2016, n. 3, 819). Le Sezioni Unite (Cass. 20.11.2017, n. 27436, S.U.) hanno peraltro chiarito, come principio di diritto, che, «in tema di tutela del socio lavoratore di cooperativa, in caso d'impugnazione, da parte del socio, del recesso della cooperativa, la tutela risarcitoria non è inibita dall'omessa impugnazione della contestuale delibera di esclusione fondata sulle medesime ragioni, afferenti al rapporto di lavoro, mentre resta esclusa la tutela restitutoria». *A contrariis*, in caso di accoglimento della tempestiva impugnazione, tale rimedio resta possibile. Sulla scorta di autorevole giurisprudenza (Cass. 23.1.2015, n. 1259, in *MGC*, 2015; Cass. 4.6.2015, n. 11548, in *MGC*, 2015), il giudice di merito applica gli istituti propri del diritto del lavoro con l'art. 18, c. 4, St. lav.: oltre che esplicito rimando del comma 7, per il caso di mancato superamento del periodo di comporta, infatti, il riconoscimento dell'invalidità della delibera di esclusione travolge il giustificato motivo che avrebbe altrimenti sostenuto il licenziamento. La tutela restitutoria, dunque, per citare il dettato delle Sezioni Unite, rappresenterebbe «l'opzione più coerente con le esigenze di tutela e garanzia [...] del socio lavoratore, il quale pur sempre, nonostante partecipi alla realizzazione dello scopo mutualistico, permane l'anello debole della combinazione sintetizzata nel lavoro cooperativo». Il giudice di merito dell'ordinanza in commento riconosce tale rapporto di forza, applicando al socio lavoratore le tutele sostanziali e processuali assegnate dall'ordinamento al contraente debole.

Riferimenti bibliografici

- Costantini S. (2012), *L'esclusione del socio lavoratore della cooperativa. Note a margine*, in *LD*, n. 1, 99 ss.
- Ferluga L. (2005), *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari*, Giuffrè, Milano.
- Imberti L. (2012), *Il socio lavoratore di cooperativa. Disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, Giuffrè, Milano, 243 ss.
- Lassandari A. (2001), *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, Milano.
- Meliadò G. (2003), *Nuove incertezze per il lavoro cooperativo*, in *FI*, V, 180 ss.
- Zoli C. (2003), *Le modifiche alla riforma della posizione del socio lavoratore di cooperativa*, in Carinci M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 286 ss.

Roberta Covelli
*Dottoranda in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»*

TRIBUNALE TRENTO, 18.7.2017, ord. – Est. Flaim – M.M. c. A. Srl.

Licenziamento individuale – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Art. 1345 c.c. – Illiceità del motivo – Art. 1343 c.c. – Illiceità della causa – Nullità – Sussiste.

La nullità del licenziamento per motivo illecito ex art. 1345 c.c. si configura allorquando il datore di lavoro si determina a perseguire, attraverso l'estinzione del rapporto di lavoro, esclusivamente interessi contrari a quelli tutelati da norme imperative puntuali o protetti dai principi dell'ordine pubblico e del buon costume. Nel licenziamento per g.m.o., il motivo illecito ex art. 1345 c.c., se nel concreto assetto degli interessi si pone come costitutivo della funzione economico individuale dell'atto, è assorbito dall'art. 1343 c.c. in quanto si configura come causa illecita. Infatti, con il progressivo affermarsi della nozione di causa in concreto, quale sintesi degli interessi specificamente perseguiti dalle parti del negozio, la fattispecie del negozio nullo per motivo illecito determinante ed esclusivo tende a perdere l'originaria utilità e autonomia per essere assorbito nell'ambito della causa in concreto. (1)

(1) LE NUOVE FRONTIERE DELLA NULLITÀ DEL LICENZIAMENTO PER G.M.O.
TRA CAUSA ILLECITA E FRODE ALLA LEGGE

1. — La sentenza in commento, tra le molte questioni affrontate, si sofferma sugli aspetti di nullità del licenziamento, disaminati oltre la tradizionale linea del motivo illecito.

Il caso tratta di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo disposto per soppressione della postazione lavorativa senza possibilità di ripescaggio, seguito da nuova assunzione su posizione fungibile.

Il Tribunale, dopo aver recensito la vicenda sotto diversi profili, procede a dichiararlo all'interno della normativa codicistica che regola alternativamente la nullità per motivo illecito ex art. 1345 c.c. e quella per causa illecita ex art. 1343 c.c.

Trattando della motivazione cd. apparente, il Tribunale, facendo leva sul fatto che la società avrebbe eluso l'obbligo di *repêchage*, rileva che la circostanza non attiene al perseguimento di uno scopo illecito (motivo), ma alla funzione (causa) stessa dell'atto in quanto elemento costitutivo del giustificato motivo oggettivo.

In materia di licenziamento, la tematica della nullità si è sviluppata in maniera ancillare rispetto a quella della illegittimità e per lo più è rimasta ancorata con prevalenza alla casistica delle nullità testuali, e solo marginalmente ha interessato le ipotesi previste dal diritto comune.

Il *trend* è mutato dopo la novella legislativa apportata prima dalla cd. riforma Fornero (L. n. 92/2012) e poi dal cd. *Jobs Act* (L. n. 183/2014), per la riconduzione integrale della fattispecie, quanto al sistema rimediale, all'interno della normativa speciale.

I casi nei quali la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi sulla nullità del licenziamento si sono moltiplicati, sia perché la graduazione delle tutele ha reso recessiva la reintegrazione, sia perché la nullità in un medesimo contesto normativo è declinabile in una pluralità di prospettive, molte delle quali consuete (Vd. art. 1345 c.c.: motivo illecito) e altre meno (Vd. art. 1344 c.c.: frode alla legge).

Quella presa in considerazione dal Tribunale di Trento nella sentenza in commento ha un suo tratto di originalità, in quanto in maniera inconsueta il giudice esamina il vizio di nullità nel prisma dell'art. 1343 c.c. (illiceità della causa).

Si tratta di una prospettiva che rappresenta una presa di posizione univoca nella sottostante diatriba che ha impegnato la dottrina nella individuazione della natura del giustificato motivo oggettivo, rispettivamente rappresentato quale limite interno, ovvero limite esterno del licenziamento (Per una panoramica sul dibattito, vd. Ferraresi 2016, 19 ss.).

Il problema affrontato nella pronuncia annotata, tutt'altro che nuovo in materia, è proprio quello della demarcazione tra la nozione di *causa* intesa quale ragione giustificatrice del licenziamento (Artt. 1 e 3 della l. n. 604/1966) e la nozione di *causa* intesa quale requisito dell'atto negoziale (Art. 1325 c.c.).

Il contrasto si è posto tra coloro che, in posizione minoritaria, ritengono la causale giustificatrice requisito dell'atto di recesso (e, dunque, limite interno o condizione di validità) e coloro, in posizione maggioritaria, che la configurano come presupposto del licenziamento (dunque, limite esterno o condizione di legittimità).

Con la sentenza in commento ritorna la tesi, abbondantemente recessiva (anche per effetto dell'intervento del legislatore: vd. art. 30 della l. n. 183/2010 sulla insindacabilità delle valutazioni imprenditoriali), della natura della *causa* come limite interno, fornendo nuovo vigore al problema della nullità strutturale del licenziamento riportata oltre la pervasiva e monopolizzante fattispecie del motivo illecito (o anche del licenziamento orale).

La canonica contrapposizione relativa alla natura dei limiti è stata riletta dal Tribunale alla luce dell'art. 1343 c.c. con l'interposizione di un elemento nuovo: la configurazione, ormai pacifica in dottrina e in giurisprudenza, della causa del contratto quale sua funzione assoluta in concreto (cd. economico-individuale) (Cfr., *ex multis*, Ferri 1966, *passim*).

Con la pronuncia in esame, dunque, dottrina e giurisprudenza sono necessariamente chiamate a interessarsi del problema della natura del limite nella mutata prospettiva segnata dalla evoluzione della nozione di causa del contratto.

Tradizionalmente tutta la fattispecie è stata ricondotta in maniera omnicomprensiva e indifferenziata nell'art. 1345 c.c., cioè riduttivamente nell'area del motivo illecito.

Il passaggio a una nuova prospettiva nella sentenza in commento si deve alla individuazione quale referente per la qualificazione del vizio di nullità di un elemento diverso da quello finora preso in considerazione, passando dalla centralità dell'interesse giuridico (proprio del motivo) a quella del risultato (proprio della causa), cosa che segna il passaggio da una concezione soggettiva a una concezione oggettiva, o, meglio, funzionale del motivo.

Nel periodo in cui la tutela assicurata al lavoratore dalla legislazione speciale (soprattutto l'art. 18 Statuto lavoratori) era più intensa ed effettiva di quella che poteva

trovare negli strumenti messi in campo dal diritto comune (Art. 1418 ss. c.c.), parlare di nullità oltre la marginale ipotesi del motivo illecito era ritenuto poco più che un problema di astratta dottrina; oggi che la tutela reale ha subito un ridimensionamento drastico e che la manutenzione del rapporto di lavoro può essere sotto molti aspetti più efficacemente assicurata, all'interno degli istituti rimediali posti dalla legislazione speciale, dalla normativa di diritto comune, non si può mancare di esaminare casi e condizioni di ricorrenza di vizi strutturali del licenziamento nella trilogia del vizio della causa (Art. 1343 c.c.), della frode alla legge (Art. 1344 c.c.) e del motivo illecito (Art. 1345 c.c.).

Questo passaggio, a considerare la questione secondo le categorie tradizionali, lascia qualche perplessità perché, quando si parla di *causa* del licenziamento nel significato proprio che la nozione assume nello specifico settore ordinamentale (L. n. 604/1966), si fa riferimento non a un requisito di validità dell'atto (funzione economico-sociale o individuale), bensì a un suo presupposto di legittimità (fattore di giustificazione).

Nella patologia del licenziamento, la patologia della causa non produce, come avviene automaticamente in materia di contratti, la sua nullità, ma di norma comporta l'illegittimità del recesso (che ne può essere causa di annullamento), perché in senso tecnico la *causa* del licenziamento non è necessariamente e unicamente requisito dell'atto *ex art.* 1325 c.c.

La sentenza in commento sembra superare questa prospettiva e, risalendo dalla nozione di motivo contenuta nell'art. 1345 c.c. come assorbente della causale giustificatrice del licenziamento, giunge, nella sistematica della causa del contratto, a polarizzare la fattispecie intorno all'art. 1343 c.c., facendo leva sulla sua rappresentazione come funzione economico-individuale dell'atto negoziale.

Infatti, si legge nel provvedimento che «Con il progressivo affermarsi (in luogo della concezione di causa in astratto quale funzione economico-sociale tipica del negozio) della nozione di causa in concreto, quale sintesi degli interessi specificamente perseguiti dalle parti del negozio, la fattispecie del negozio nullo per motivo illecito determinante ed esclusivo tende a perdere l'originaria utilità e autonomia – quale rimedio avverso un negozio astrattamente conforme a una tipica funzione economico-sociale, ma diretto in concreto a perseguire un risultato illecito (ossia a realizzare un assetto di interessi e quindi di situazioni giuridiche soggettive contrario all'ordinamento) – per essere assorbito nell'ambito della causa in concreto».

È evidente che l'abbandono della tesi della *causa* quale limite interno del licenziamento si è realizzato compiutamente nei tempi in cui la dottrina e la giurisprudenza fornivano della causa del contratto una nozione meramente oggettiva, intendendo per essa la funzione economico-sociale dell'atto negoziale (Cass. civ. 8.5.2006, n. 10490, S. III, in *RDC*, 2008, 564).

Oggi, invece, la «Causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (cd. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato» (Cass. civ. 12.11.2009, n. 23941, S. III, in *GI*, 2010, 1560).

Proprio questa diversa nozione di causa del contratto ha portato il Tribunale di Trento a ripensare il ruolo e la natura della causale giustificatrice del licenziamento; operando da questa prospettiva, nella valutazione giudiziale il punto centrale diviene

non un presupposto esterno posto come causale, ma lo stesso giudizio sulla liceità dello scopo che il licenziamento concretamente posto in essere tende a realizzare nella tripla dimensione oggettiva (causa illecita), soggettiva (motivo illecito) e funzionale (frode alla legge).

Ciò determina la sovrapposizione del giudizio sulla causa interna (funzionale) con quello sulla causa esterna, cioè con quello ricadente sulle causali giustificatrici.

In questo modo il giudizio sulla causa-funzione (requisito) previene quello sulla causa-giustificazione (presupposto) e lo sostituisce divenendo un *prius* assorbente.

Il paradigma allora si modifica, perché il giudizio sul motivo o sulla ragione del licenziamento viene inglobato in quello sulla verifica in termini meramente civilistici della concreta funzione causale del singolo recesso.

Dunque, se il licenziamento viene recensito sotto il profilo della nullità, la causale giustificatrice a sua volta si trasfonde nella causa, valutata a sua volta in termini di validità entro i confini dell'art. 1343 c.c.

In questo modo ritorna la configurazione del giustificato motivo oggettivo come limite interno al licenziamento, con una soluzione che si presta a una notazione di equivocità per i non pochi dubbi di coerenza sistematica con la *ratio* della disciplina in materia così come si è evoluta, quantomeno perché il contratto di lavoro è un contratto di organizzazione (Vd.: Persiani 1966; Marazza 2002), la cui conformazione anche nel momento estintivo non è sindacabile *ab externo* e perché le scelte imprenditoriali sono impermeabili a censure di merito (Art. 41 Cost. e art. 30 della l. n. 183/2010).

Ciò è vero, però non si può ignorare che il licenziamento è un negozio causale e postularne in via incondizionata la insindacabilità ne favorisce l'utilizzo in via elusiva.

Per questo, in tempi risalenti non ancora segnati dalla vigenza dell'art. 18 St. lav. e del suo sistema di tutela reale, la dottrina si era occupata della motivazione apparente e della rilevanza degli indici elusivi all'interno dell'art. 1344 c.c. come frode alla legge (Ghera 1969, 63; conf., da ultimo, T. Vicenza 4.11.2016, inedita a quanto consta): la sentenza in esame, rispetto a questo orientamento mai emancipato ma mai abbandonato, ne rappresenta una evoluzione, sviluppando quella linea di ragionamento secondo cui il licenziamento, anche se da intendere come recesso liberatorio con efficacia determinativa *ex post* della durata del rapporto, non può essere valutato nella sua validità solo con lo schema dell'interesse legittimo, soprattutto quando, anche solo a livello presuntivo, emergano elementi di arbitrarietà (cui la l. n. 604/1966, prima tra molte, ha inteso porre rimedio).

Eludere la regola della causalità significa disporre di fatto *ad nutum* un licenziamento che, come atto unilaterale soggetto *ex art.* 1324 c.c. alla disciplina generale dei contratti, necessariamente deve avere una lecita giustificazione causale, salvo incorrere nei rigori della nullità assorbente della illegittimità.

Questa è la via della nullità per vizio della causa in senso contrattuale, cui però dottrina e giurisprudenza ancora non sono pervenute compiutamente, anche se l'apertura, proprio in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, verso nuove frontiere segnate, più che dalla tradizionale categoria della nullità di diritto comune, da figure emergenti nell'ordinamento giuslavoristico, come l'abuso del diritto (per sviamento di funzione) o le clausole di correttezza e buona fede (Cass. 21.12.2016, n. 26467, in *RGL*, 2017, II, 245), segna per la materia dei licenziamenti uno snodo verso

un sistema binario, con le misure di protezione poste dalla normativa speciale in coesistenza con quelle proprie del diritto comune.

Nuova frontiera della tutela reintegratoria che assume particolare importanza nell'attuale stato ordinamentale, connotato da una progressiva rappresentazione involuta del giustificato motivo oggettivo sempre più quale limite obbligatorio (esterno) e non reale (interno), che, a fronte della sua capacità di realizzare l'effetto risolutivo tipico del licenziamento, in caso di insussistenza, non consente (se non in limitati casi) di accedere alla tutela reale per la ormai pervasiva previsione di una tutela meramente risarcitoria di tipo indennitario.

Riferimenti bibliografici

- Ferraresi M. (2016), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla l. n. 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino.
- Ferri G.B. (1966), *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano.
- Ghera E. (1969), Intervento, in Aa.Vv., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti delle giornate di studio di Firenze, 27-28 aprile 1968, Giuffrè, Milano.
- Marazza M. (2002), *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova.
- Persiani M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.

Antonio Federici

Dottore di ricerca

in Autonomia individuale e autonomia collettiva

CONTROVERSIE DI LAVORO

CASSAZIONE, 30.1.2018, n. 2303, ord. – Pres. Curzio, Est. Ghinoy, P.M. Berrino (rigetto) – Infogroup Scpa (avv. Bechi) c. L.E. (avv.ti Fontana, Rusconi).
Conf. Corte d'Appello di Firenze, 11.10.2016.

Controversie di lavoro e previdenza – Rito Fornero – Domande diverse – Appalto irregolare – Imputazione del rapporto – Qualificazione del rapporto – Ammissibilità.

La natura giuridica del rapporto di lavoro, così come l'individuazione del soggetto che si assume essere datore di lavoro e destinatario dei provvedimenti di tutela ex art. 18 della l. n. 300/1970, risultano tra le questioni che il giudice deve affrontare e risolvere nel percorso per giungere alla decisione di merito sulla domanda e possono essere trattate con il rito specifico in materia di licenziamento. (1)

(1) L'ACCERTAMENTO DELLA TITOLARITÀ DEL RAPPORTO DI LAVORO
E IL «RITO FORNERO»

1. — La decisione della Corte di Cassazione trae origine dalla controversia promossa da una lavoratrice che, impiegata in un appalto ritenuto irregolare, dopo aver offerto inutilmente le proprie prestazioni al committente, considerato effettivo titolare del rapporto di lavoro, ha impugnato il licenziamento che le è stato intimato oralmente. Ella, quindi, ha introdotto la controversia nelle forme e nei modi previsti dall'art. 1, c. 48, l. n. 92 del 2012, e ha chiesto, in via preliminare rispetto all'applicazione dell'art. 18, c. 1, St. lav., l'accertamento della titolarità del suo rapporto di lavoro con l'appaltante.

Il giudice della fase sommaria, tuttavia, ha dichiarato inammissibile il ricorso, escludendo che l'accertamento della titolarità del rapporto di lavoro in capo a un soggetto distinto dal datore di lavoro formale possa costituire una domanda che rientra tra le «questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro», ai sensi dell'art. 1,

c. 47, l. n. 92/2012. A seguito dell'opposizione della lavoratrice, il Tribunale ha mutato il rito, da speciale in ordinario, e ha ordinato la prosecuzione del giudizio di merito. La società, quindi, nelle more del giudizio, ha proposto reclamo avverso l'ordinanza di mutamento di rito, al fine di ottenere la conferma della decisione di inammissibilità del ricorso, con la conseguente decadenza dalla facoltà di impugnare il licenziamento, per decorso dei termini previsti dall'art. 32 della l. n. 183/2010. La Corte d'Appello, quindi, dopo aver ritenuto ammissibile il reclamo avverso l'ordinanza del Tribunale, che ha qualificato come sentenza non definitiva, ha rigettato la domanda proposta dalla società, ritenendo corretta la scelta compiuta dal giudice dell'opposizione di ordinare il mutamento del rito, in ragione di principi desumibili dall'art. 4 del d.lgs. n. 150/2011 e dagli artt. 24 e 111 Cost.

La sentenza della Corte consente di ritenere ormai superata la discussione circa l'individuazione delle domande proponibili ai sensi dell'art. 1, comma 47, legge n. 92/2012 (Sul tema, mi sia consentito rinviare a Raimondi 2014, 83 ss., e ai riferimenti bibliografici lì contenuti). Nel ritenere che tra le questioni che possono essere affrontate con il «rito Fornero» rientrano anche quelle che hanno a oggetto l'accertamento della titolarità del rapporto di lavoro, la Cassazione conferma una propria precedente decisione (Cass. 8.9.2016, n. 17775, in *Ilgiuslavorista.it*) e l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito.

La posizione assunta deve essere condivisa, alla luce di una pluralità di argomenti che sono stati sostenuti nel corso del tempo e che, a distanza di sei anni dall'innovazione legislativa, sono stati assunti dalla giurisprudenza di legittimità.

2. — Sin dall'entrata in vigore del nuovo processo in materia di licenziamenti, la dottrina e la giurisprudenza hanno assunto posizioni differenti sull'individuazione dell'ambito di applicazione del rito specifico in materia di licenziamenti, che deve essere applicato «... anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro» (Cfr. Biasi 2013, 1449 ss.).

In base a una interpretazione letterale della disposizione, il rito speciale deve essere seguito in tutte quelle ipotesi in cui l'applicazione della normativa in materia di licenziamento presuppone l'accertamento preliminare della sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato. Le «classiche» ipotesi sono quelle in cui il lavoratore contesta, ad esempio, la legittimità o la genuinità di un rapporto di collaborazione o di associazione in partecipazione e deduca la natura subordinata del rapporto. In queste ipotesi, sarà possibile ricorrere in giudizio nelle modalità e nelle forme del nuovo rito per ottenere l'accertamento preliminare della natura subordinata del rapporto e la conseguente pronuncia di illegittimità del recesso. Il legislatore ha ritenuto, in sostanza, di non poter dividere la trattazione di due questioni che sono tra di loro pregiudizialmente connesse.

Ciò, tuttavia, presuppone che esista un atto del datore di lavoro che possa essere equiparato a un licenziamento, dal momento che, in mancanza di tale presupposto, non è invocabile la tutela prevista dall'art. 18 St. lav. Se, dunque, un «finto» collaboratore o associato in partecipazione dovesse ricevere un atto equiparabile a un recesso potrebbe attivare la procedura speciale per contestare la natura autonoma della prestazione, chiedere l'accertamento della natura subordinata del rapporto, l'illegittimità del licenziamento e, di conseguenza, una delle tutele previste dall'art. 18 St. lav.

Tuttavia, la circostanza che il legislatore ha fatto riferimento al termine «qualificazione» ha indotto taluni a ritenere che soltanto le azioni finalizzate all'accertamento della natura subordinata del rapporto possano essere proposte unitamente a quella relativa all'applicazione della normativa in materia di licenziamenti.

Parte della giurisprudenza di merito, tuttavia, ha attribuito a questa espressione un significato sensibilmente differente da quello tradizionale e ha esteso l'ambito di applicazione del «rito Fornero» a tutti i casi in cui è controversa la titolarità del rapporto di lavoro.

Si pensi all'ipotesi in cui l'applicazione dell'art. 18 St. lav. dipende dall'accertamento del requisito dimensionale. In questo caso, il lavoratore potrebbe avere interesse, nel caso in cui egli abbia prestato la propria attività lavorativa in una società sottoposta a controllo di altro soggetto imprenditoriale, a far valere l'unicità dell'impresa di gruppo entro cui sono state inserite le sue prestazioni. Si pensi, ancora, all'ipotesi in cui vi sia stato un distacco illecito e il distaccatario abbia unilateralmente determinato l'estinzione del rapporto di lavoro. Allo stesso modo, la decisione sul licenziamento potrebbe dipendere dall'accertamento preliminare di una somministrazione irregolare o fraudolenta ovvero da un appalto non genuino, come nel caso in esame. In tutti questi casi, è stato ritenuto che la trattazione di tali questioni è possibile in ragione della loro pregiudizialità logico-giuridica a quella relativa al licenziamento (C. App. Milano 23.5.2013), e la sentenza della Cassazione conferma questa impostazione.

In particolare, la Corte, in modo condivisibile, ha affermato che l'accertamento della titolarità del rapporto non è incompatibile con la finalità del processo speciale, che è quella di consentire una rapida decisione. Inoltre, la compatibilità di tale azione con il rito è stata sostenuta, anche in questo caso in modo assolutamente condivisibile, in ragione della necessità di evitare che il lavoratore si trovi nella condizione di promuovere due distinti procedimenti: il primo, finalizzato all'accertamento della titolarità del rapporto; il secondo, per ottenere una dichiarazione di illegittimità del recesso. Questo scenario, peraltro, comporterebbe il paradosso che il giudice che deve decidere la controversia sul licenziamento dovrebbe sospendere il processo in attesa della sentenza accertativa della titolarità del rapporto. È evidente, sotto questo punto di vista, che ciò svilirebbe la *ratio* dell'introduzione del rito speciale, oltre che il principio di concentrazione che ispira il nostro sistema processuale civile.

3. — Le problematiche esaminate assumono notevole rilievo per le conseguenze che derivano da un errore nella scelta del rito. Sotto questo profilo sono state avanzate tesi nettamente in contrasto tra di loro, come dimostra lo stesso caso risolto dalla Corte di Cassazione.

La l. n. 92/2012, infatti, non contiene alcuna disposizione che regolamenti tale aspetto, e che riguarda sia la soluzione preferibile nel caso in cui viene proposta una domanda che non rientra nel campo di applicazione del rito speciale, sia il caso in cui, insieme alla domanda finalizzata all'applicazione dell'art. 18 St. lav., viene introdotta con il ricorso una domanda diversa che, tuttavia, non si fonda sui medesimi fatti costitutivi dell'azione principale. Altra questione è se il ricorso per ottenere la tutela forte è depositato ai sensi degli artt. 414 ss. c.p.c., e non in base alle disposizioni specifiche del rito in esame. Una tesi rigorosa ritiene che le domande che non possono essere proposte con il nuovo rito devono essere dichiarate inammissibili o improponibili.

Questa impostazione presuppone che non sia rimessa alle parti la scelta se proporre una domanda con il rito del lavoro ordinario ovvero con il rito specifico, ed è sostenuta in ragione di argomenti di carattere letterale e sistematico. La legge, infatti, non ha espressamente previsto che nell'ipotesi in cui la causa abbia a oggetto domande diverse da quelle di cui all'art. 1, comma 47, il giudice sia obbligato a ordinare il mutamento del rito, così come non ha previsto la separazione dei procedimenti in ragione delle domande proposte dal ricorrente. Tali lacune non potrebbero essere colmate in via interpretativa, dal momento che «la peculiarità del rito introdotto dalla l. n. 92/2012 esclude una sua applicabilità per analogia ai casi non previsti» (T. Milano 22.11.2012, ord.) e perché la struttura propria del procedimento richiederebbe un'indagine istruttoria «che appare incompatibile con la sommarietà del rito» (T. Milano 22.11.2012, ord.).

Questa posizione, tuttavia, non è condivisibile e non è seguita dalla dottrina [Dalfino (2013, 79), che ritiene che la soluzione della declaratoria di inammissibilità/improponibilità/improcedibilità «pare incongrua, in quanto contrastante con il principio immanente nell'ordinamento processuale per il quale, avendo il processo di cognizione lo scopo di concludersi con pronunce di merito, sono assolutamente eccezionali le ipotesi nelle quali esso si concluda attraverso provvedimenti che assolvano dall'osservanza del giudizio»] e dalla giurisprudenza prevalenti. In effetti, i giudici di merito sono maggiormente orientati verso la diversa soluzione del mutamento di rito e della separazione dei procedimenti in caso di pluralità di domande proposte con quella di richiesta della tutela di cui all'art. 18 St. lav.

I motivi che sono stati adottati per escludere che l'errore sul rito possa determinare una pronuncia di inammissibilità sono molteplici, e si fondano tutti su un procedimento interpretativo orientato a colmare la lacuna presente nel testo legislativo. Alcuni tribunali, in proposito, hanno ritenuto di escludere una pronuncia di inammissibilità mediante l'applicazione, in via analogica, dell'art. 4, d.lgs. n. 150/2011. In base a questa disposizione, il giudice deve ordinare il mutamento di rito e assegnare alle parti un termine per integrare i propri atti difensivi. Il processo, quindi, deve proseguire secondo le regole processuali proprie del rito del lavoro ordinario. Altri, invece, giungono alle medesime conclusioni in ragione dell'art. 427 c.p.c. (Cfr. T. Modena 14.1.2014, in *ADL*, 2014, n. 4-5, II, 1136 ss., con nota di Vanz) e dei principi che la Cassazione ha avuto modo di esprimere con riferimento a questa disposizione (Curzio 2012, 417-418; in senso contrario Musella 2013, 349).

Oltre a questi aspetti, è possibile sostenere che la soluzione dell'inammissibilità o dell'improponibilità, tuttavia, è impedita alla luce dei principi che informano il nostro sistema processuale e che deve essere teso a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e, dunque, di arrivare a una decisione nel merito della controversia (In tal senso, cfr. De Luca 2013). Da questo punto di vista, l'inammissibilità rappresenta un'eccezione, che deve essere espressamente prevista dalla legge e che può essere estesa a casi non espressamente previsti soltanto in caso di identità di *ratio*.

Peraltro, una pronuncia di inammissibilità, che chiude in rito il processo, rischia di comportare la decadenza dall'azione da parte del lavoratore, che, come è noto, ha l'onere di depositare il ricorso in cancelleria entro centottanta giorni dalla spedizione dell'impugnativa stragiudiziale dell'atto di recesso.

Se, quindi, deve essere escluso che una domanda che non rientra nel rito specifico deve essere dichiarata inammissibile, l'unica strada percorribile, anche se non prevista

espressamente, è quella che il giudice disponga il mutamento del rito e assegni alle parti un termine per integrare le proprie difese. Allo stesso modo, in caso di cumulo di domande, il giudice dovrà ordinare la separazione dei processi e mutare il rito con riferimento alle azioni proponibili esclusivamente con il rito ordinario.

Riferimenti bibliografici

- Biasi M. (2013), *Il cd. «rito Fornero» nell'applicazione giurisprudenziale*, in *ADL*, n. 6, I, 1449 ss.
- Curzio P. (2012), *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 12*, Cacucci, 407 ss.
- Dalfino D. (2013), *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, in Barbieri M., Dalfino D. (a cura di), *Il licenziamento individuale dopo la legge Fornero*, Bari, 76 ss.
- De Luca M. (2013), *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, *ADL*, n. 4-5, I, 825 ss.
- Musella C. (2013), *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in Cinelli M. et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli.
- Raimondi E. (2014), *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *RIDL*, I, 83 ss.

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

TRIBUNALE ROMA, 16.11.2017 – Est. Luna – O.F. e altri (avv. Panici) c. Gse Spa (avv.ti Maresca, Grassi).

Rinunzie e transazioni – Appalto – Interposizione di manodopera – Illiceità del contratto di appalto – Art. 1972 c.c. – Nullità della transazione – Rapporto di lavoro con il committente – Costituzione.

Se non vi sono dubbi circa l'illiceità della causa del contratto la cui stipulazione integri un reato, la circostanza che il legislatore continui a prevedere una sanzione amministrativa a carico del datore di lavoro che violi la normativa in materia di somministrazione di lavoro conduce a riconoscere il valore superindividuale degli interessi sottesi alla previsione di legge. Ne consegue l'illiceità del contratto di appalto ai sensi del combinato disposto degli artt. 1343 e 1418, c. 1, c.c. e, per l'effetto, la nullità della relativa transazione intercorsa tra le parti ai sensi dell'art. 1972 c.c. (1)

(1) UN ORIENTAMENTO DA TEMPO SOPITO:

LE TRANSAZIONI STIPULATE IN SEDE PROTETTA NON SANANO
L'INTERMEDIAZIONE ILLECITA DI MANODOPERA

SOMMARIO: 1. La vicenda. — 1.1. La nullità delle transazioni. — 1.2. La distinzione tra le direttive del committente e del datore di lavoro. — 2. Osservazioni critiche sulla dichiarazione di nullità delle transazioni. — 2.1. Il tassello mancante: il contratto in frode alla legge. — 2.2. Art. 2113 c.c.: indisponibilità del tipo negoziale *ex ante* e sua disponibilità *ex post*. — 3. La compatibilità degli articoli 1972 e 2113 c.c. — 4. Conclusioni.

1. — *La vicenda* — La sentenza in esame si inserisce in una vicenda che ha interessato un elevato numero di lavoratori ed è rappresentativa degli effetti che le esternalizzazioni produttive possono determinare sul rapporto tra diritti e occupazione dei lavoratori.

I fatti che hanno occupato il Tribunale di Roma riguardano il rinnovo di un contratto di appalto avente a oggetto la gestione del «*contact center*» della Gse Spa, società controllata dal ministero dell'Economia e delle Finanze che si occupa di energie rinnovabili ed efficienza energetica, e la ditta appaltatrice Xenesis Srl.

In particolare, quindici lavoratori della società appaltatrice hanno domandato in giudizio, sul presupposto dell'avvenuta interposizione di manodopera, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze della Gse. Quest'ultima, con la memoria difensiva, ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità della domanda per la carenza d'interesse ad agire dei ricorrenti e, nel merito, la genuinità dell'appalto di servizi.

Quanto all'eccezione d'inammissibilità, la società committente ha allegato gli accordi transattivi trilaterali intervenuti tra le parti in sede sindacale ai sensi dell'art. 2113 c.c., con i quali i lavoratori, *inter alia*, avevano rinunciato a rivendicare nei confronti della Gse la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle sue dipen-

denze, oltre agli eventuali crediti da lavoro non soddisfatti per i quali la stessa potesse risultare solidalmente responsabile (1).

Gli accordi transattivi sembrano causalmente determinati dall'imminente rinnovo del contratto di appalto. Dal testo delle transazioni, infatti, si capisce che la *condicio sine qua non* imposta dalla Gse all'appaltatrice per la stipula dell'anzidetto rinnovo era costituita dalle «garanzie circa il pregresso rapporto» dei lavoratori. Ne è prova il fatto che la Xenesys si fosse impegnata in tal senso nei confronti della committente, dichiarandosi «disponibile a formalizzare le intese per il periodo antecedente all'imminente negoziazione del nuovo contratto di appalto».

Gli accordi transattivi e le relative rinunzie, a loro volta, erano stati prospettati dall'appaltatrice ai lavoratori impiegati nell'appalto, i cui contratti erano a termine e sarebbero cessati a breve, come condizione per la stabilizzazione del loro posto di lavoro, in virtù del rinnovo del rapporto con la Gse che sarebbe seguito proprio alla stipula delle transazioni.

La sentenza in commento ha dato evidenza di tutto ciò, affermando che «la *ratio* dell'accordo conciliativo appare evidente dal complesso delle clausole negoziali: il lavoratore ha ricevuto garanzia di stabilizzazione del posto di lavoro, la società Xenesys ha eliminato il rischio di contenzioso per tutto quanto riguardava il rapporto di lavoro fino ad allora svoltosi alle sue dipendenze», mentre «la società Gse, aderendo all'accordo, anche se non ha assunto alcun obbligo nei confronti dei lavoratori, avrebbe conseguito garanzia di non essere coinvolta in possibili contenziosi sia attinenti alla responsabilità solidale *ex lege* (art. 29, d.lgs. n. 276/2003) sia in ordine alla qualificazione del rapporto».

Ebbene, il Tribunale di Roma ha ritenuto nulle le transazioni e, accertato in fatto che la Gse Spa era il reale *dominus* delle prestazioni lavorative, ha dichiarato la sussistenza dei rapporti di lavoro subordinato tra i ricorrenti e la resistente.

1.1. — *La nullità delle transazioni* — Il ragionamento seguito dalla sentenza per giungere alla nullità degli accordi ha preso le mosse da una risalente giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale quando si accerti «l'illiceità della causa dei negozi diretti alla costituzione di una intermediazione fittizia nelle prestazioni di lavoro [...] i lavoratori impiegati in violazione del relativo divieto sono considerati, a ogni effetto, alle dipendenze dell'imprenditore che abbia effettivamente utilizzato la loro attività [...] e la loro messa a disposizione di altra impresa mediante contratto di appalto determina la nullità dell'intero rapporto, restando valido ed efficace solo quello concretamente intercorso con il soggetto di fatto beneficiario delle prestazioni lavorative, sono nulle le transazioni che comportano abdicazione dei lavoratori ai diritti nascenti dalla nullità dei negozi fittizi come sopra posti in essere, ancorché le parti abbiano espressamente trattato della nullità stessa, e l'esercizio della relativa azione di nullità non trova deroga nella disciplina di cui all'art. 2113 c.c. che, prevedendo l'impugna-

(1) Nell'accordo transattivo, si legge che il lavoratore «rinuncia a qualunque pretesa o azione, dedotta o deducibile, inerente alle parti, alla natura e qualificazione giuridica del rapporto di lavoro prestato» nonché, «nei confronti del Gse, anche in via di solidarietà, a ogni diritto e/o pretesa, a qualsivoglia titolo derivanti, connessi, collegati, anche in via indiretta e incidentale ai rapporti di lavoro».

zione di rinunzie e transazioni in materia di diritti indisponibili (esclusa peraltro allorché il negozio sia stato stipulato con l'intervento dell'ufficio provinciale del lavoro o della commissione provinciale di conciliazione), istituisce un rimedio che si aggiunge ma non sostituisce e non esclude i normali mezzi di impugnazione dei contratti e cioè le normali azioni di nullità o di annullabilità» (2).

Premesse tali pronunce della giurisprudenza di legittimità, la motivazione del Tribunale si è incentrata sull'illiceità del contratto di appalto e sulla conseguente applicazione dell'art. 1972 c.c., secondo il quale «è nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo. Negli altri casi in cui la transazione è stata fatta relativamente a un titolo nullo, l'annullamento di essa può chiedersi solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo».

Da un punto di vista logico-sistematico, il giudice di merito ha, dapprima, accertato l'illiceità della causa del contratto intercorrente tra la Gse Spa e la Xenesis Srl, che è riscontrabile, ai sensi dell'art. 1343, comma 2, c.c., nei casi di contrarietà «a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume», e, poi, ha dichiarato la nullità delle transazioni ai sensi dell'art. 1972 c.c.

Quanto all'illiceità del contratto di appalto, la sentenza in commento ha osservato, citando la giurisprudenza della Suprema Corte (3), che nell'ordinamento è tuttora rinvenibile, anche dopo l'abrogazione della legge n. 1369/1960, il divieto di intermediazione di manodopera, sorretto, dopo la depenalizzazione operata con il d.lgs. n. 81/2015, dalle sole sanzioni amministrative di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 276/2003.

Quest'ultimo rilievo è apparso decisivo al Tribunale per rilevare il vizio del contratto di appalto, poiché, «se non vi sono dubbi circa l'illiceità della causa del contratto la cui stipulazione integri un reato, la circostanza che il legislatore continui a prevedere una sanzione amministrativa a carico del datore di lavoro che violi la normativa in materia di somministrazione di lavoro conduce a riconoscere il valore superindividuale degli interessi sottesi alla previsione di legge».

Il Tribunale, poi, nel passaggio forse più importante della decisione, che, come si vedrà, non può non essere criticato per come è stato sviluppato, ha fatto applicazione dell'art. 1972 c.c., affermando che, da tutto quanto precede, «ne consegue l'illiceità del contratto di appalto ai sensi del combinato disposto degli artt. 1343 e 1418, primo comma, c.c. e, per l'effetto, la nullità della relativa transazione intercorsa tra le parti ai sensi dell'art. 1972 c.c.».

Il punto di arrivo della decisione viene, poi, rafforzato in motivazione da alcuni rilievi.

In primo luogo, si sottolinea, ritornando all'anzidetta giurisprudenza della Corte di legittimità, che l'art. 2113 c.c. «istituisce un rimedio che si aggiunge, ma non sostituisce e non esclude i normali mezzi di impugnazione dei contratti e cioè le normali azioni di nullità e annullabilità». Pertanto, la disciplina dell'art. 2113 c.c. sulle rinunzie e sulle transazioni del prestatore di lavoro, rappresentando un *quid pluris* rispetto alla disciplina civilistica, non risulta ostativa alla dichiarazione di nullità degli accordi transattivi.

(2) Così: Cass. 13.1.1983, n. 228, in *NGL*, 1983, 231 ss., e Cass. 20.12.1982, n. 7017, in *www.italgiure.giustizia.it*.

(3) Cass. 26.10.2006, n. 22910, S.U., in *DRI*, 2007, 503 ss., con nota di Del Punta.

In secondo luogo, posto che i lavoratori non hanno sollevato il tema della nullità degli accordi sottoscritti in sede protetta, il rilevamento d'ufficio del vizio dei contratti è stato sorretto dall'aver il Tribunale previamente «indicato come tema di prova la relativa questione» (4) alle parti, in ossequio agli insegnamenti delle Sezioni Unite, così evitando il rischio di un'eventuale decisione «a sorpresa».

1.2. — *La distinzione tra le direttive del committente e del datore di lavoro* — Il passaggio più interessante della decisione in relazione all'intermediazione illecita di manodopera è costituito dal rilievo della centralità dell'esercizio del potere direttivo ai fini dell'accertamento dell'appalto fraudolento: «può ritenersi legittima la predeterminazione da parte del committente anche delle modalità temporali e tecniche di esecuzione del servizio o dell'opera oggetto dell'appalto che dovranno essere rispettate dall'appaltatore, con la conseguenza che non può ritenersi sufficiente, ai fini della configurabilità di un appalto fraudolento, la circostanza che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore, occorrendo verificare se le disposizioni impartite [...] siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro in quanto inerenti a concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative» (5).

L'indirizzo di giurisprudenza appena citato, che si era già consolidato durante il periodo di vigenza della legge n. 1369/1960, da un lato, svaluta l'elemento materiale della proprietà dei mezzi di produzione per la determinazione della liceità dell'appalto, e, dall'altro, pone al centro dell'analisi il rapporto di fatto instauratosi tra il committente e i dipendenti dell'appaltatore.

In tale prospettiva, assume rilievo l'accertamento dell'esercizio del potere direttivo datoriale, da parte del committente, nei confronti dei lavoratori coinvolti nell'appalto. Tale potere, che manifesta il rapporto di subordinazione, è cosa diversa dalle (legittime) istruzioni e direttive che il committente può impartire per l'esecuzione della prestazione dedotta in appalto.

Tale distinzione, tuttavia, è di non facile identificazione. In dottrina (6) è stato ipotizzato che il potere direttivo datoriale non si esprima solamente, come per le istruzioni e le direttive del committente, nel «come» della prestazione (7), ma anche nel «cosa» fare, ossia nelle mansioni alle quali il lavoratore viene adibito dal datore di lavoro, che, così, conforma la prestazione del dipendente alle proprie esigenze organizzative e produttive nei limiti fissati dall'art. 2103 c.c.

D'altra parte, la stessa giurisprudenza relativa alla distinzione tra il potere direttivo del datore di lavoro e quello del committente afferma, più in generale, che, «per valutare la legittimità dell'appalto, il giudice deve tener conto anche delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa che manifestino la sussistenza di un rapporto di subordinazione diretta con il committente».

(4) Cass. 12.12.2014, n. 26242, e n. 26243, S.U., in *GI*, 2015, 1387 ss., con nota di Bove.

(5) Così Cass. 31.12.1993, n. 13015, in *IPrev.*, 1994, 216 ss., nonché Cass. 7.9.1993, n. 9398, in *GC*, 1994, I, 999 ss., con nota di Martinelli. In senso sostanzialmente conforme, Cass. 6.6.2011, n. 12201, in *MGL*, 2011, 710 ss., con nota di Pisani, e, in senso conforme, Cass. 15.7.2011, n. 15615, in *www.italgiure.giustizia.it*, tutte citate dalla sentenza in commento.

(6) Pisani 2011, 714.

(7) Nel caso di specie, la Gse trasmetteva ai ricorrenti comunicazioni e ordini di servizio in ordine alle procedure necessarie per l'espletamento dell'attività di assistenza del *contact center*.

A tal fine, secondo l'insegnamento della Suprema Corte andranno valutati «l'inserimento della prestazione nella struttura organizzativa dell'impresa, la sottoposizione del lavoratore alle direttive e al potere disciplinare dell'imprenditore, il vincolo dell'orario di lavoro ecc. (Cass. 9.10.1997, n. 9139; Cass. 9.6.2000, n. 7917), e, più in generale, le concrete modalità di svolgimento e di controllo dell'attività lavorativa svolta dai dipendenti della società» (8).

2. — *Osservazioni critiche sulla dichiarazione di nullità delle transazioni* — Accertata l'illiceità dell'appalto per contrarietà al divieto di interposizione di manodopera, la lucida ricostruzione effettuata dalla sentenza in commento sembrerebbe, tuttavia, incompleta laddove non chiarisce il collegamento tra l'anzidetta illiceità dell'accordo intercorrente tra le due società e la nullità delle transazioni, ai sensi dell'art. 1972 c.c. Il Tribunale, infatti, a tale proposito, si è limitato ad affermare che dall'illiceità del contratto di appalto deriva, «per l'effetto, la nullità della relativa transazione intercorsa tra le parti ai sensi dell'art. 1972 c.c.».

Tuttavia, se la *ratio* di quest'ultima disposizione è quella di non assicurare alcun effetto giuridico a transazioni basate su un negozio giuridico illecito, che in quanto tale nega radicalmente i valori dell'ordinamento, non è chiaro come le transazioni in questione, attraverso le quali i lavoratori hanno rinunciato ai diritti nascenti dal proprio rapporto di lavoro, possano avere avuto a fondamento il contratto di appalto illecito, che non li riguarda né soggettivamente né oggettivamente: le reciproche concessioni e lo scambio tra dare e avere realizzati con le transazioni sono relativi all'attività lavorativa e non, invece, ai diritti e agli obblighi derivanti dal contratto di appalto, qualificato come illecito, stipulato tra le due società e di cui i prestatori di lavoro, peraltro, non hanno la capacità di disporre ai sensi dell'art. 1966 c.c.

Tale rilievo appare decisivo, atteso che il titolo originario delle transazioni stipulate dai ricorrenti sembrerebbe rappresentato dai contratti di lavoro o, al più, dalle relative prestazioni di lavoro e, pertanto, ai fini dell'applicazione dell'art. 1972 c.c., occorrerebbe fare riferimento all'eventuale illiceità di questi ultimi titoli.

Tuttavia, il Tribunale non ha svolto un'indagine sull'illiceità del contratto di lavoro dei ricorrenti, limitandosi, invece, a rilevare il vizio del contratto di appalto. A tale proposito è, comunque, opportuno chiarire, per il prosieguo dell'analisi, che, secondo la ricostruzione effettuata tanto dalla dottrina (9) quanto dalla giurisprudenza (10), dalla semplice violazione di norme imperative non discende necessariamente il carattere illecito della causa e/o dell'oggetto del contratto di lavoro, che invece ricorre «esclusivamente nei casi in cui il contratto stesso sia contrario ai principi di ordine pubblico strettamente intesi e cioè a quelli etici fondamentali dell'ordinamento giuridico»: circostanze che risultano esorbitanti rispetto alle prestazioni dei lavoratori espletate nel *contact center*.

In definitiva, dalla ricostruzione effettuata dal Tribunale non sembrerebbe possibile cogliere il profilo dell'illiceità del contratto di lavoro, indispensabile al fine di dichiarare nulla la transazione «ancorché le parti abbiano trattato della nullità» del medesimo, co-

(8) Così Cass. 25.6.2001, n. 8643, in *NGL*, 2001, 732 ss.

(9) Si rinvia alla casistica sull'art. 2126 c.c. riportata da Rigon 2007.

(10) In questo senso Cass. 3.4.1989, n. 1613, S.U., in *FI*, 1989, I, 1420 ss.

me accaduto nel caso di specie (si veda la nota 1), ai sensi del comma 1 dell'art. 1972 c.c., poiché esso soltanto costituisce il titolo originario della transazione dichiarata nulla.

2.1. — *Il tassello mancante: il contratto in frode alla legge* — Per i motivi esposti, la motivazione del Tribunale non sembrerebbe sufficientemente esplicativa delle ragioni che hanno portato all'applicazione dell'art. 1972 c.c.

Cionondimeno, l'applicazione di quest'ultimo articolo del codice civile al caso di specie appare condivisibile per quanto di seguito esposto.

Se, da una parte, le sentenze della Corte di legittimità citate dal Tribunale per addivenire alla declaratoria di nullità delle transazioni ricollegano l'instaurazione del rapporto di lavoro alle dipendenze del committente all'«illiceità della causa dei negozi diretti alla costituzione di una intermediazione fittizia nelle prestazioni di lavoro», dall'altra, diverse pronunce della Suprema Corte (11), coeve a quelle citate dalla sentenza in commento e ascrivibili al medesimo indirizzo giurisprudenziale, sembrano chiarire l'operazione ermeneutica del Tribunale, esplicando le ragioni della nullità delle transazioni, non riportate dalla massima citata dalla decisione in commento.

Queste ultime pronunce, infatti, affermano che il contratto di appalto illecito, unitamente al contratto di lavoro tra l'appaltatore-intermediario di manodopera e il dipendente, realizzerebbe un negozio indiretto «per il perseguimento di uno scopo ulteriore vietato dall'ordinamento giuridico», configurabile come «in frode alla legge e come tale soggetto alla disciplina della nullità per illiceità della causa; il collegamento funzionale tra i due negozi (quello fra il lavoratore e l'intermediario e quello fra quest'ultimo e l'impresa beneficiaria delle prestazioni lavorative) estende l'effetto di nullità all'intero rapporto tra i tre distinti soggetti e nei suoi distinti momenti, restando valido ed efficace solo il rapporto che nella realtà concreta si è attuato tra il lavoratore e l'ente che ha beneficiato delle sue prestazioni in modo esclusivo e continuativo».

Dunque, sarebbe il «collegamento funzionale» tra il contratto di appalto illecito e il contratto di lavoro a estendere la «nullità all'intero rapporto tra i tre distinti soggetti».

In altre parole, non solo il contratto di appalto, ma anche quello di lavoro avrebbe causa illecita, in quanto quest'ultimo tenderebbe a realizzare un complessivo negozio in frode alla legge, ai sensi dell'art. 1344 c.c. (secondo il quale «si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa»), mai citato dalla sentenza in commento. Solo in tale prospettiva, infatti, il contratto di lavoro, partecipando a un'operazione complessivamente fraudolenta, ossia la realizzazione dell'interposizione nelle prestazioni di lavoro, risulterebbe illecito, con la conseguente trasmissione del vizio di nullità alla transazione successivamente stipulata, ai sensi dell'art. 1972 c.c.

Tale conclusione è coerente con l'impostazione dottrinale che si è sforzata di individuare, per il contratto in frode alla legge, un campo di applicazione ulteriore rispetto a quello dell'art. 1343 c.c., da ravvisarsi nei collegamenti negoziali derivanti da

(11) In tal senso: Cass. 12.5.1980, n. 3104, Cass. 28.5.1982, n. 3314, Cass. 28.7.1983, n. 5184, e Cass. 3.12.1987, n. 8994, tutte in www.italgiure.giustizia.it, e Cass. 6.11.1982, n. 5849, in *GC*, 1983, II, 1542 ss.

una pluralità di atti (12), da intendersi alla stregua di una fattispecie a formazione progressiva, attraverso la quale i risultati singolarmente leciti di più negozi giungono a un risultato globale illecito.

Nell'impianto teorico del codice civile, ispirato a una nozione di causa come funzione economico-sociale, l'art. 1344 c.c. rappresentava lo strumento idoneo a sanzionare i contratti che, pur con una causa formalmente lecita, avevano concretamente e funzionalmente causa illecita. Con il noto passaggio alla concezione della causa come funzione economico-individuale, una parte della dottrina ha assorbito il contratto in frode alla legge nel negozio con causa illecita (13), ma altra parte, invece, ha ravvisato in esso un'ipotesi di «eterogenesi normativa» (14), poiché la fattispecie, non potendo più normare la deviazione illecita della causa contrattuale dalla sua funzione economico-sociale, risulterebbe attualmente utilizzabile nell'ambito dei collegamenti negoziali.

Premesso, quindi, che, dal punto di vista strutturale, una pluralità di atti possono essere ricondotti all'art. 1344 c.c., i criteri in base ai quali concretamente rilevare la frode alla legge proposti dalla dottrina sono apparsi troppo astratti e generici e non sono stati utili alla giurisprudenza, che non pare essersi mai espressa in modo univoco sulla determinazione degli elementi costitutivi del contratto in frode alla legge (15). Per tale ragione, quest'ultimo è stato utilmente inteso come una clausola generale (16) la cui concretizzazione è rimessa, di volta in volta, al giudice, attraverso «una tecnica di formazione giudiziale di regole giuridiche col metodo casistico» (17).

Il contratto in frode alla legge, dunque, andrebbe inteso alla stregua di un «concetto elastico», in grado di mutare e adeguarsi alle diverse condizioni storiche dell'ordinamento giuridico. La concretizzazione e il giudizio di valore sul fatto, pertanto, sono rimessi di volta in volta al giudice e, di conseguenza, la tipizzazione effettuata attraverso i precedenti assume valore determinante, al fine di evitare l'arbitrarietà della decisione giudiziale (18).

(12) In tal senso, Passagnoli 2006, 439 ss., e Ubaldi 1992, 642.

(13) Così Ferri 1992, 190.

(14) Passagnoli 2006, 481.

(15) Cricenti 2008, 36.

(16) D'Amico 1992, 137 ss.

(17) Mengoni 1968, 310, sulle clausole generali dell'ordinamento.

(18) In tal senso, la giurisprudenza ha individuato una serie di ipotesi nelle quali una pluralità di atti posti in essere dal datore di lavoro possono dirsi tesi a realizzare una *fraudem legis*, al fine di impedire l'applicazione di norme lavoristiche sfavorevoli: a) la reiterazione del contratto a termine attraverso la quale l'imprenditore si assicura il vantaggio di una prestazione lavorativa continuativa nel tempo senza subire le conseguenze negative dell'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato (sul punto, si veda, in dottrina, Cricenti 2008, 296 ss., nonché in giurisprudenza Cass. 8.1.2015, n. 59, in www.italgiure.gustizia.it, secondo la quale «anche la presenza di una normativa astrattamente idonea a prevenire abusi non esclude che, in concreto, ricorra un esercizio della facoltà di assumere a tempo determinato tale da integrare frode alla legge sanzionabile ex art. 1344 c.c., ipotesi che per sua natura non può che essere esaminata caso per caso, con apprezzamento del numero dei contratti di lavoro a tempo determinato, dell'arco temporale complessivo in cui si sono succeduti e di ogni altra circostanza fattuale emersa in atti, apprezzamento riservato al giudice di merito anche in presenza di una normativa diretta a prevenire gli abusi della reiterazione»); b) in tema di trasferimento di azienda, si può

2.2. — *Art. 2113 c.c.: indisponibilità del tipo negoziale ex ante e sua disponibilità ex post* — Quanto appena esposto circa la necessaria applicazione dell'art. 1344 c.c., al fine di addivenire alla declaratoria di nullità delle transazioni, sembrerebbe confermato dall'orientamento interpretativo prevalente dell'art. 2113 (19).

Secondo detto orientamento, l'invalidità dell'atto transattivo per contrarietà a «disposizioni inderogabili» deve essere valutata in base al momento in cui gli atti dispositivi sono posti in essere: se la dismissione del diritto soggettivo avviene prima dell'acquisizione del medesimo da parte del lavoratore, l'atto negoziale è nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c., per contrarietà a norme imperative; se, invece, la disposizione del diritto da parte del lavoratore è effettuata dopo l'acquisizione della posizione giuridica, il vizio non potrà essere fatto valere, a condizione che la transazione sia stata stipulata in una delle sedi indicate dal comma 4 dell'art. 2113 c.c.

Con altre parole, la rinuncia a un diritto futuro configura un vizio genetico dell'atto, riconducibile alla nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., mentre la dismissione di un diritto già acquisito derivante da disposizione inderogabile costituisce, invece, un vizio funzionale che non potrà essere fatto valere se la transazione è avvenuta ai sensi dell'art. 2113 c.c. (20), comma 4, in una sede protetta, come nel caso di specie.

La diversità della disciplina applicabile — è stato osservato (21) — è giustificata dalla diversità di interessi tutelati dalla norma inderogabile: la nullità *ex art.* 1418 c.c. della rinuncia preventiva tutela un interesse collettivo e solo indirettamente del singolo, che, quindi, non può disporre, poiché la predisposizione di una diversa disciplina del rapporto di lavoro rispetto a quella fissata dalle legge e dai contratti collettivi di lavoro mina alle fondamenta l'indispensabile omogeneità della regolamentazione delle condizioni di lavoro, mentre la rinuncia *ex art.* 2113 c.c. è posta a esclusiva tutela della parte debole del rapporto: cioè il lavoratore. In quest'ottica si può affermare che nel rapporto di lavoro non esistono diritti assolutamente indisponibili, che il lavoratore non possa dismettere successivamente alla loro acquisizione attraverso una transazione in sede protetta (22), fatte salve le rare ipotesi di indisponibilità assoluta, quali il diritto

eludere la disciplina in materia di licenziamenti in caso di affitto di azienda e successivo recesso intimato da un datore di lavoro che non raggiunge i requisiti dimensionali fissati dall'art. 18 St. lav. (Cass. 7.2.2008, n. 2874, in *RGL*, 2008, II, 554 ss., con nota di Gragnoli), ovvero in caso di cessione del ramo di azienda e dei relativi rapporti di lavoro a una società con una «naturale» vocazione al fallimento (C. App. Napoli 23.3.2001, in *LG*, 2001, 948 ss., con nota di Venditti); c) in caso di collegamento societario, qualora il frazionamento dell'attività tra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale rappresenti lo strumento per eludere l'applicazione della cd. tutela reale del lavoratore licenziato (si veda, *inter alia*, Cass. 15.5.2006, n. 11107, in *RGL*, 2007, II, 440 ss., con nota di Lozito).

(19) Per un'aggiornata e completa ricostruzione delle interpretazioni dell'art. 2113 c.c., si veda Albi 2016.

(20) Tale ricostruzione è assolutamente maggioritaria in giurisprudenza: si vedano: Cass. 26.5.2006, n. 12561, in *NGL*, 2006, 695 ss., Cass. 8.11.2001, n. 13834, in *Il Diritto marittimo*, 2003, 448 ss., Cass. 18.8.2000, n. 10963, in *NGL*, 2001, 113 ss., Cass. 12.12.1998, n. 12548, in *NGL*, 1999, 248 ss., Cass. 13.8.1998, n. 6857, in *RIDL*, 1999, II, 439 ss., e Cass. 8.8.1988, n. 4529, in *GI*, I, 1032 ss., con nota di Renna.

(21) In giurisprudenza si veda Cass. 24.1.1987, in *GI*, 1988, I, 1039 ss., con nota di Bianchini, mentre in dottrina si rinvia a Smuraglia 1971, 722 ss., e Voza 2006, 229 ss.

(22) Nettamente in tal senso, si veda Cass. 8.11.2001, n. 13834, citata *supra*, nella nota 20.

al riposo settimanale e alle ferie, il diritto alla salute, il diritto allo sciopero e il diritto alla retribuzione minima e sufficiente (23).

Da tali premesse, dovrebbe discendere la validità della rinuncia del lavoratore avente a oggetto, *inter alia*, la riconduzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della società committente, avendo l'atto dispositivo riguardato esclusivamente il passato.

Tale convincimento è rafforzato dalla pronuncia n. 12561 del 2006 (24) della Cassazione, che, giudicando in un caso analogo a quello della sentenza in commento, ha chiarito che «deve ritenersi disponibile, in caso di illegittima interposizione nel rapporto di lavoro a norma della l. n. 1369 del 1960, il diritto a proseguire per il futuro il rapporto di lavoro nei confronti di quello che doveva ritenersi l'effettivo datore di lavoro».

A ben vedere, infatti, le transazioni dei dipendenti della ditta appaltatrice aventi a oggetto la riconduzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della Gse, se osservate dal punto di vista del rapporto di lavoro e senza prendere in considerazione l'intento fraudolento complessivamente realizzato dalle società con il contratto di appalto, implicano esclusivamente la rinuncia alla tutela, prestata dall'ordinamento, in base alla quale, come riportato nella sentenza del Tribunale, è necessario che, «nel rispetto dell'art. 2094 c.c., il soggetto che trae giovamento dalla produzione di lavoro, nell'ambito della propria organizzazione produttiva, [...] sia nei fatti il datore di lavoro».

Tale passaggio appare assai rilevante, poiché, pur senza citarlo, il Tribunale sembrerebbe fare riferimento al principio dell'indisponibilità del tipo negoziale (25), il quale – è stato osservato – riguarda non solo le modalità di svolgimento del rapporto, ma anche i soggetti che vi partecipano. Tranne nei casi espressamente previsti dalla legge come il distacco o la somministrazione, è datore di lavoro colui che utilizza materialmente le prestazioni di lavoro: «nel diritto del lavoro la relazione debito-credito si sviluppa nell'ambito della fattispecie lavoro subordinato ponendo un nesso di interdipendenza funzionale fra subordinazione e interposizione, fra indisponibilità del tipo negoziale e indisponibilità dell'imputazione del rapporto. Nel contesto descritto, l'effettiva utilizzazione della prestazione di lavoro è decisiva per individuare l'effettivo datore di lavoro: da ciò la centralità che la giurisprudenza attribuisce alla diretta organizzazione, direzione e controllo della prestazione» (26).

(23) Così, secondo dottrina risalente, si veda Prosperetti 1964, 64 ss.

(24) Già richiamata *supra*, nella nota 20.

(25) La letteratura scientifica sul tema è praticamente sterminata: si vedano, *inter alia*, D'Antona 1995 e Scognamiglio 2001. Per le pronunce di legittimità, invece, si vedano: Cass. 11.9.2003, n. 13375, in *FI*, 2003, I, 3321 ss., e Cass. 9.6.2000, n. 7931, in *FI*, 2000, I, 3147 ss. Per la giurisprudenza costituzionale, secondo la quale «i principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione» in materia di rapporti di lavoro subordinato «debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti e, pertanto, allorché il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento – eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il “*nomen iuris*” enunciato – siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina a esso applicabile»: si rinvia a C. cost. 31.3.1994, n. 115, in *FI*, 1994, I, 2656 ss., e C. cost. 29.3.1993 n. 121, in *FI*, 1993, I, 2432 ss.

(26) In tal senso, Albi 2010, 18, e i riferimenti ivi contenuti.

Dunque, i lavoratori della società appaltatrice, con le transazioni, sembrerebbero aver rinunciato *ex post* all'applicazione degli effetti che derivano dal tipo indisponibile di cui all'art. 2094 c.c.

Una volta ricondotta l'operazione transattiva in questi termini, l'atto dispositivo rientra all'interno di canoni ben noti: i lavoratori hanno generalmente il diritto di rinunciare (*ex post*) all'azione di riqualifica del rapporto di lavoro, rinunciando così agli effetti inderogabili (*ex ante*) che derivano dall'applicazione del principio dell'indisponibilità del tipo (27) di cui all'art. 2094 c.c.

Esclusa la rilevanza diretta dell'interposizione di manodopera sulla transazione, allora, la declaratoria di nullità delle transazioni potrà risultare solo dall'illiceità del titolo originario e, pertanto, per le ragioni già esposte in precedenza, discende dalla clausola elastica di cui all'art. 1344 c.c.

3. — *La compatibilità degli articoli 1972 e 2113 c.c.* — Deve essere, infine, valutata la compatibilità degli artt. 1972 e 2113 c.c.

Quanto all'applicabilità del primo alle transazioni tra prestatore e datore di lavoro, come si è appena avuto modo di constatare, la specialità della disciplina lavoristica in tema di atti dispositivi è circoscritta alle transazioni che hanno a oggetto diritti «derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi», per le quali l'art. 2113 c.c. dispone, in luogo dell'applicazione della nullità per contrarietà a disposizioni inderogabili di legge *ex art.* 1418 c.c., la validità in caso di stipula in sede protetta.

Non vi sarebbe, tuttavia, nessuna ragione per non applicare a tali accordi le disposizioni del codice civile generalmente applicabili a tale tipologia di negozi: non si può dubitare, ad esempio, che il lavoratore non può transigere i diritti di cui non ha la capacità di disporre (28) (art. 1966 c.c.), né che la transazione lavoristica, come recentemente statuito dalla Corte di Cassazione, sia annullabile in caso di vizio della volontà (29) per errore, violenza o dolo (artt. 1429, 1434, 1439 c.c.), per falsità dei documenti (art. 1973 c.c.) ovvero per contrasto con cosa giudicata (art. 1974 c.c.) o per scoperta di documenti (art. 1975 c.c.).

D'altra parte, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità (citata anche dal Tribunale, secondo il quale l'art. 2113 c.c. rappresenta «un rimedio che si aggiunge, ma non sostituisce e non esclude i normali mezzi di impugnazione dei contratti»), l'art. 2113 c.c. «è un mezzo che l'ordinamento accorda al lavoratore, in aggiunta a quelli ordinariamente concessi alle parti di un contratto» (30).

(27) Si pensi, ad esempio, alla rinuncia dei collaboratori all'azione di riqualificazione della collaborazione in un rapporto di lavoro subordinato, addirittura prevista dal legislatore quale requisito per l'estinzione degli illeciti amministrativi, contributivi e fiscali ai fini della nota stabilizzazione di cui all'art. 52, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2015.

(28) Ad esempio, un accordo con il quale il lavoratore disponesse dei contributi previdenziali afferenti alla prestazione lavorativa sarebbe nullo, poiché il diritto di credito appartiene all'ente previdenziale e il dipendente non ha la capacità di disporre.

(29) Per una recente decisione della Suprema Corte sul vizio della volontà del lavoratore, per dolo del datore di lavoro, con conseguente annullamento dell'accordo transattivo stipulato in sede protetta, si veda Cass. 30.3.2017, n. 8260, in *DPL*, 2017, 1088 ss., con nota di D'Avossa.

(30) In tal senso, Cass. 3.12.1991, n. 12929, in *www.itagiure.giustizia.it*.

Quanto agli effetti derivanti dalla contestuale applicazione degli artt. 1972 e 1344 c.c., il combinato disposto non potrà essere utilizzato per aggirare, ogniquale volta il contratto o le prestazioni di lavoro risultino *contra legem*, la validità delle rinunzie ai diritti derivanti dalle disposizioni inderogabili violate: un tale ragionamento renderebbe vana la disciplina speciale di cui all'art. 2113 c.c., che assicura efficacia alle transazioni intervenute ai sensi del comma 4, indipendentemente dal fatto che il contratto o le prestazioni di lavoro siano contrarie alla legge.

Infatti, nel caso della pronuncia in commento, diversamente da quanto appena prospettato, la nullità della transazione deriverebbe direttamente dall'intrinseco carattere illecito del contratto di lavoro, giacché esso avrebbe partecipato strutturalmente alla natura illecita del contratto di appalto e causalmente all'operazione *in fraudem legis* posta in essere dalle due società.

Cercando di allargare il campo d'indagine oltre il caso di specie, resta da chiarire il possibile ambito di applicazione del combinato disposto degli artt. 1972 e 1344 c.c.

4. — *Conclusioni* — La decisione del Tribunale di Roma lascia alcuni interrogativi aperti: sarebbe auspicabile che la giurisprudenza stabilisse, in generale, le condizioni di fatto e di diritto che consentono l'applicazione dell'art. 1344 c.c. e, soprattutto, che chiarisse se nel campo del diritto del lavoro esistono ulteriori ipotesi applicative del combinato disposto degli artt. 1972 e 1344 c.c.

Per il momento, si può segnalare che, tra i casi di frode alla legge trattati dalla giurisprudenza del lavoro e sopra riportati (31), l'unico che, coinvolgendo in modo diretto il contratto di lavoro, potrebbe dar luogo a declaratorie di nullità della transazione ai sensi dell'art. 1972 c.c., attesa la partecipazione causale diretta dell'accordo individuale all'operazione illecita, è rappresentato dalla successione di molteplici contratti a termine collegati funzionalmente tra loro, la cui oggettiva reiterazione sia causalmente preordinata alla disapplicazione della normativa in materia di rapporto di lavoro a tempo indeterminato e, quindi, della disciplina limitativa dei licenziamenti. D'altra parte, una tale applicazione dell'art. 1344 c.c. rischierebbe di far cadere nuovamente nell'incertezza i rapporti a termine, dopo la «svolta» operata dal legislatore con il d.l. n. 34/2014, confermata con il d.lgs. n. 81/2015.

Più in generale, potrebbe forse non esserci spazio per il contratto in frode alla legge nell'attuale stagione del diritto del lavoro inaugurata dal *Jobs Act*, i cui criteri ispiratori sono stati la semplificazione normativa, la prevedibilità e, dove possibile, l'eliminazione dei contenziosi.

Anche per questo, gli studiosi non possono che auspicare che la decisione del Tribunale di Roma arrivi sino alla Corte di nomofiliachia, affinché i principi ivi espressi (e non) possano trovare un loro inquadramento sistematico.

(31) A titolo esemplificativo e non esaustivo, alcuni casi trattati dalla giurisprudenza del lavoro sono stati riportati *supra*, nella nota 18.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2010), *Divieto di interposizione e responsabilità da contatto sociale*, in *RIDL*, II, 17 ss.
- Albi P. (2016), *La dismissione dei diritti del lavoratore. Art. 2113 c.c.*, in Schlesinger P. (fondato da), Busnelli F.D. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, I ss.
- Bianchini M. (1988), senza titolo, in *GI*, I, 1039 ss.
- Bove M. (2015), *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *GI*, II, 1387 ss.
- Cricenti G. (2008), *I contratti in frode alla legge*, Giuffrè, Milano.
- D'Amico G. (1992), *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Giuffrè, Milano.
- D'Antona M. (1995), *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, I, 63 ss.
- D'Avossa E. (2017), *Conciliazione sindacale: il «silenzio» può integrare il dolo?*, in *DPL*, 1088 ss.
- Del Punta R. (2007), *Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto*, in *DRI*, 503 ss.
- Ferri G.B. (1992), *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Maggioli, Rimini.
- Gragnoles E. (2008), *Trasferimento di azienda, elusione dell'operare dell'art. 18 St. lav. e frode alla legge*, in *RGL*, II, 554 ss.
- Lozito M. (2007), *Presunti gruppi di impresa e lavoratore condiviso*, in *RGL*, II, 440 ss.
- Martinelli M. (1994), *Ancora in tema di interposizione illecita e lavoro in cooperativa*, in *GC*, I, 999 ss.
- Mengoni L. (1968), *Gli acquisti «a non domino»*, Giuffrè, Milano.
- Passagnoli G. (2006), *Il contratto illecito*, in Roppo V. (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, II, 435 ss.
- Pisani C. (2011), *Interposizione e potere direttivo*, in *MGL*, 712 ss.
- Prosperetti U. (1964), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano.
- Renna L. (1989), *Una panoramica sulle più di battute questioni in materia di rinunce e transazioni*, in *GI*, I, 1032 ss.
- Rigon S. (2007), *L'invalidità del contratto*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, Utet, Torino, II, 403 ss.
- Scognamiglio R. (2001), *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, I, 95 ss.
- Smuraglia C. (1971), *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in Riva Sanseverino L., Mazzoni G. (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, II, 722 ss.
- Ubaldi P. (1992), *Frode alla legge*, in Alpa G., Bessone M. (diretto da), *I contratti in generale*, Utet, Torino, III, 632 ss.
- Venditti R. (2001), *Cessione d'azienda e frode alla legge*, in *LG*, 948 ss.
- Voza R. (2006), *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro*, in *RGL*, I, 229 ss.

Alessandro Curcio

Dottore in Giurisprudenza presso l'Università di Roma «Roma Tre»

TRIBUNALE NAPOLI, 27.6.2017 – Giudice Marchese – C.R. (avv.ti Gentile, Lambertini) c. M. Srl (avv. Tussino).

Controversie di lavoro e previdenza – Licenziamento disciplinare – Impugnazione – Insussistenza del fatto materiale – Onere della prova (d.lgs. 4.3.2015, n. 23, art. 3; l. 28.6.2012, n. 92, art. 1).

L'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, che, ai sensi dell'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23 del 2015, deve essere «direttamente dimostrata in giudizio» al fine di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro, non deriva dall'assenza di prova positiva del fatto stesso da parte del datore di lavoro, bensì dalla prova a carico del lavoratore – che può essere sia diretta sia indiretta – che la condotta addebitata non sussiste. (1)

(1) IMPUGNATIVA DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE
E ONERE DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. Il caso di specie. La «conversione» dei contratti a termine e il rito applicabile. — 2. Il licenziamento disciplinare, i regimi di tutela applicabili e la nozione di «fatto materiale contestato». — 3. La «diretta» dimostrazione in giudizio della insussistenza del fatto materiale. Le incertezze interpretative. — 4. La distribuzione dell'onere della prova. — 5. La natura, di mero accertamento o costitutiva, dell'impugnativa del licenziamento. — 6. Duplicità di regimi di tutela; duplicità di oneri probatori.

1. — *Il caso di specie. La «conversione» dei contratti a termine e il rito applicabile* — Nel caso di specie, a seguito di un «prolungato e arbitrario periodo di assenza», era stato intimato il licenziamento disciplinare a un lavoratore assunto con contratto a tempo determinato prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015, «convertito» in contratto a tempo indeterminato in data successiva.

Con l'atto introduttivo del giudizio di impugnativa, il ricorrente aveva fatto valere la natura illecita del recesso datoriale in ragione del carattere ritorsivo e «in ogni caso l'illegittimità» per la non corrispondenza al vero dei fatti contestati.

All'esito dell'espletamento dell'istruzione probatoria, il Tribunale di Napoli respingeva l'«ipotesi di risoluzione per ritorsione», riconducibile alla disciplina di cui all'art. 1345 c.c., non ravvisando la sussistenza del motivo illecito; tuttavia, annullava il licenziamento «ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, c. 2», del d.lgs. citato, in quanto «non sorretto dalla “ragione” quale esplicitata nella lettera di risoluzione del rapporto», condannando il convenuto a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro e al pagamento di una indennità risarcitoria, oltre accessori.

In particolare, il Tribunale accertava «l'insussistenza del fatto contestato», rilevando che «l'assenza contestata al ricorrente» non fosse «ingiustificata ma conseguente al rifiuto – questo sì ingiustificato – di parte datoriale di ricevere la prestazione; circostanza quest'ultima dimostrata in giudizio».

Rinviamo per un momento l'esame delle questioni principali attinenti alla vicenda appena sinteticamente riassunta (individuazione del regime di tutela applicabile in caso di accertata illegittimità del licenziamento disciplinare; nozione di «fatto materiale contestato»; distribuzione dell'onere della prova), è opportuno qui sottolineare che il giudice adito aveva disposto il mutamento di rito «all'esito dell'espletata istruttoria».

Il ricorso introduttivo, infatti, era stato proposto secondo le disposizioni di cui all'art. 1, cc. 48 ss., l. n. 92 del 2012 (cd. rito Fornero), applicabile alle controversie in materia di impugnativa dei licenziamenti (vd. c. 47) introdotte dopo il 18 luglio 2012. Senonché, l'art. 11, d.lgs. n. 23 del 2015, nel disporre che «Ai licenziamenti di cui al presente decreto» (quelli, cioè, intimati ai lavoratori individuati dall'art. 1 e assunti o «convertiti» dopo il 7 marzo 2015: data di entrata in vigore del decreto stesso) «non si applicano le disposizioni dei cc. da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge 28 giugno 2012, n. 92», ha comportato la rinnovata operatività del rito regolato dagli artt. 414 ss. c.p.c. con riferimento alle controversie in parola; allo stesso tempo, l'art. 1, c. 2, ha esteso l'operatività dello stesso d.lgs. proprio ai casi «di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato» (1).

Nella specie, il contratto di assunzione a tempo determinato era stato stipulato prima del 7 marzo 2015, ma poi prorogato e infine «trasformato» a tempo indeterminato successivamente a tale data. Di conseguenza, il Tribunale di Napoli – nell'affermare la perfetta equivalenza tra la «conversione» di cui al menzionato art. 1, c. 2, e la «trasformazione» di cui all'art. 28, c. 2, d.lgs. n. 81 del 2015 (e ancor prima, di cui all'art. 32, c. 5, l. n. 183 del 2010) – ha disposto il passaggio dal rito speciale disciplinato dalla l. n. 92, cit., ed erroneamente proposto, a quello «ordinario» del lavoro.

2. — *Il licenziamento disciplinare, i regimi di tutela applicabili e la nozione di «fatto materiale contestato»* — Anche nel sistema introdotto dal d.lgs. n. 23 del 2015, come in quello regolato dalla versione dell'art. 18 St. lav. risultante dalle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012, la tutela reintegratoria viene relegata a ipotesi residuali in favore di una maggiore ampiezza applicativa della tutela indennitaria, con conseguente inversione dell'assetto per il quale i principi generali del nostro ordinamento sembrano, invece, propendere, sia pure in via tendenziale (2).

L'inversione emerge chiaramente dal testo degli artt. 2 e 3, c. 2, del d.lgs. citato, che limitano l'operatività del regime di tutela reale, nel primo caso, alla riscontrata illegittimità del licenziamento in quanto discriminatorio, nullo o intimato in forma orale, e nel secondo, all'annullamento del licenziamento per giustificato motivo o per giusta causa, allorché sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore.

Quest'ultima previsione rappresenta un ulteriore irrigidimento rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 18, c. 4, St. lav.

Sotto un primo profilo, infatti, essa sembra far proprio l'orientamento già espresso dalla Cassazione nel 2014 (3) con riferimento alla nozione di «fatto contestato», anche

(1) Vd.: De Santis 2016, 281; Dalfino 2016, 545 ss.; De Angelis 2015a, 256 ss.

(2) Cfr.: De Angelis 2017, 605 ss.; Dalfino 2014, 907 ss.

(3) Vd., infatti, Cass. 6.11.2014, n. 23669, in *RGL*, 2015, II, 271.

se la stessa Cassazione, non molto tempo dopo, ha pure avuto modo di affermare che la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla tutela reintegratoria (4). Ancora più di recente, ha confermato che l'«insussistenza del fatto contestato» comprende sia l'ipotesi del fatto materiale che si riveli insussistente, sia quella del fatto che, pur esistente, nondimeno non presenti profili di illiceità (5).

Senza volersi attardare su tale profilo, ci si può limitare a osservare che il «fatto contestato» della cui insussistenza discorre la norma (prima l'art. 18, c. 4, St. lav., e ora anche l'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015) non può essere il mero accadimento storico in sé considerato, e ciò per due ordini di ragioni.

Il primo, attinente alle conseguenze paradossali che si dovrebbe essere disposti ad accettare altrimenti opinando, come quella di escludere la reintegrazione nel posto di lavoro proprio nei casi più gravi di manifesta illegittimità del licenziamento (che si verificano, ad esempio, quando il fatto storico sussiste, ma non è imputabile al lavoratore licenziato).

Il secondo, connesso alla non perfetta tenuta, sul piano logico, della opposta tesi, nella parte in cui, con specifico riguardo al testo dell'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23, cit., non considera adeguatamente la portata dell'inciso «resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». Infatti, o si riferisce la valutazione di «proporzionalità» non consentita al fatto «materiale», come sembra emergere dal tenore letterale della norma, ma allora si deve ammettere che il «fatto» non è davvero quello meramente materiale (dal momento che questo in sé non è suscettibile di alcuna modulazione valutativa), oppure la si limita alla «giusta causa» e al «giustificato motivo soggettivo» del licenziamento per sottolineare che, una volta dimostrata l'insussistenza del fatto materiale (cioè dell'accadimento storico), al fine della condanna alla reintegrazione non occorre altra valutazione sul piano della proporzionalità della sanzione irrogata dal datore di lavoro.

È evidente, però, che anche quest'ultima soluzione non è soddisfacente. Infatti, a parte i margini di problematicità che essa lascia aperti con riguardo al relevantissimo profilo della distribuzione dell'onere della prova (su cui *infra*), finirebbe comunque per imporre al giudice una duplice valutazione: da un lato, quella relativa alla sussistenza della «giusta causa» o del «giustificato motivo soggettivo», nella quale egli è chiamato a vagliare la proporzionalità della sanzione rispetto alla condotta del lavoratore qualificata dal diritto («fatto giuridico»), e quindi la (il)legittimità del licenziamento; dall'altro, quella concernente la (in)sussistenza *in rerum natura* del fatto stesso, volta alla verifica del presupposto (l'unico) necessario per la condanna alla reintegrazione. Sennonché, così ragionando, si attuerebbe un'inversione logica, dal momento che l'accertamento dell'insussistenza del fatto materiale contestato è tale da assorbire ogni altra valutazione (se il fatto non sussiste, non c'è spazio per alcun licenziamento legittimo). Di conseguenza, sarebbe da escludere qualsiasi indagine non soltanto circa la proporzionalità del licenziamento (del resto, è quanto la stessa norma stabilisce), ma anche circa la sussistenza di una «giusta causa» o «giustificato motivo soggettivo» riferibili a quel fatto.

(4) Cass. 13.10.2015, n. 20540, in *FI*, 2015, I, 3830.

(5) Cass. 26.5.2017, n. 13383.

Se, per le ragioni appena dette, la nozione di fatto «materiale» non è ristretta al semplice accadimento storico, non si può neanche affermare che essa riguardi il fatto «astrattamente qualificabile sul piano giuridico». Invero, la qualificazione giuridica, che non può mancare, deve essere anche riportata alla specificità del licenziamento intimato; il che comporta la necessità di considerare i seguenti elementi: dimensione disciplinare dell'addebito mosso al lavoratore; rilevanza rispetto al caso di specie; imputabilità al lavoratore.

Pertanto, l'insussistenza del fatto consisterà (non solo nella sua inesistenza *in re-rum natura*, ma anche) nella sua estraneità al piano disciplinare, nella sua manifesta inidoneità a integrare gli estremi dell'addebito sollevato nei riguardi del lavoratore, nella non riconducibilità della condotta al lavoratore (6).

Con ciò non si cade in contraddizione rispetto al testo della norma, che esclude nettamente la possibilità di effettuare qualsivoglia valutazione di proporzionalità. Infatti, l'accertamento dell'insussistenza del fatto scaturirà non già da una siffatta valutazione, bensì, al contrario, dalla superfluità di procedervi a fronte della evidente assenza dei tre elementi su menzionati, vale a dire di un *minimum* sanzionabile.

3. — *La «diretta» dimostrazione in giudizio della insussistenza del fatto materiale. Le incertezze interpretative* — La questione di più difficile interpretazione è quella posta dalla lettera del c. 2 dell'art. 3, d.lgs. n. 23, cit., che, «esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa», accorda la possibilità di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro alla condizione che «sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore». La disposizione si rivela fonte di notevoli incertezze con riguardo:

- a) alla esatta distribuzione dell'onere di provare l'insussistenza del fatto e al necessario coordinamento di quest'onere con quello specificamente previsto dall'art. 5, l. n. 604 del 1966;
- b) all'eventuale incidenza sulla natura dell'azione di impugnativa del licenziamento;
- c) alla tipologia di prova cui essa si riferisce.

4. — *La distribuzione dell'onere della prova* — La relazione illustrativa del d.lgs. n. 23 spiega la disposizione in parola nel modo che segue: «Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato (una fattispecie di licenziamento per motivo soggettivo o giusta causa per cui può scattare la tutela reintegratoria) è in capo al lavoratore». In effetti, dal tenore letterale sembra emergere che spetti al lavoratore il difficilissimo compito di dimostrare che il fatto contestato non sussiste, fermo restando che la prova della giustificatezza del licenziamento resta comunque a carico del datore di lavoro.

Un vero e proprio rompicapo, complicato dalla constatazione che, anche volendo prescindere da quanto si legge nella Relazione, non si può con nettezza affermare l'esplicita o implicita abrogazione dell'art. 5, l. n. 604 del 1966.

(6) Nel senso della estraneità di tali elementi alla valutazione del dolo o della colpa, vd. Speciale 2015, 28.

Occorre interrogarsi, quindi, sul senso e sulla portata della distinzione tra due oneri probatori che sembrano riferirsi alla medesima circostanza. In altri termini, la sussistenza del fatto contestato costituisce fatto impeditivo dell'azione di impugnativa oppure la sua insussistenza si atteggia come fatto costitutivo? La risposta al quesito finisce per incidere sul dibattito relativo alla natura dell'azione di impugnativa (se di mero accertamento oppure costitutiva).

5. — *La natura, di mero accertamento o costitutiva, dell'impugnativa del licenziamento* — La più volte richiamata previsione di cui all'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23, che impone al lavoratore l'onere di dimostrare *direttamente* l'insussistenza del fatto materiale al fine di ottenere (anche) la reintegrazione nel posto di lavoro, è stata da qualcuno ritenuta in grado di mettere in discussione la ricostruzione dell'impugnazione del licenziamento come azione di inadempimento o di esatto adempimento e di offrire un argomento a favore della tesi che ne afferma la natura costitutiva (7).

A questo proposito, nel contesto anteriore alla riforma del 2012, si registrava un contrasto di orientamenti.

La tesi della natura costitutiva era suffragata dalla giurisprudenza, che coerentemente riteneva che fino all'eventuale sentenza di accoglimento – e salvi gli effetti retroattivi di questa – il licenziamento avrebbe prodotto regolarmente i propri effetti, facendone ulteriormente discendere che dovesse considerarsi privo di ogni effetto, per impossibilità di adempiere la propria funzione, un ulteriore licenziamento intimato in corso di causa e prima della sentenza di accoglimento (8).

Anche una parte della dottrina aveva espresso posizioni favorevoli a una ricostruzione in termini di azione costitutiva, sia pure con variazioni in ordine all'oggetto del processo (individuato, volta a volta, nel diritto potestativo di licenziare (9) ovvero nel rapporto di lavoro) (10).

La dottrina prevalente, invece, non era di questo avviso.

Secondo una prima posizione, l'impugnativa doveva assimilarsi a una qualsiasi azione contrattuale fondata sull'inadempimento, sia pure con tutti i limiti derivanti dalla pratica attuabilità del comando giudiziale e dalla peculiarità degli interessi coinvolti (11). Lo schema era assimilato a quello della risoluzione per inadempimento ai sensi dell'art. 1456 c.c. (clausola risolutiva espressa): attraverso l'esercizio del diritto potestativo di recesso, il datore di lavoro «impugnava» il rapporto, determinandone la cessazione; attraverso l'impugnazione, il lavoratore contestava l'atto ablativo, facendo valere l'attualità, la persistenza e l'efficacia del rapporto di lavoro e, quindi, domandandone la sua conservazione (non la sua costituzione *ex novo*, come nel caso della riassunzione ai sensi dell'art. 8, l. n. 604/66) (12).

Secondo un'altra impostazione, la configurabilità dell'impugnazione del licen-

(7) Cfr. Peruzzi 2015, 330 ss.

(8) Cfr. Cass. 9.3.2006, n. 5125, in *RIDL*, 2007, II, 117; di recente, vd. Cass. 8.8.2017, n. 19699.

(9) Sassani 1989, 162 ss., 231 ss.; Luiso 1985, 561.

(10) Cfr. Menchini 1987, 325.

(11) Cfr. Proto Pisani 1990, 372 ss. Vd. anche Pagni 2004, 100 ss., spec. 104.

(12) Cfr. Massetani 1989, spec. 844, nota 2.

ziamento come azione costitutiva avrebbe potuto essere sostenuta soltanto considerando il recesso datoriale alla stregua di un «provvedimento autoritativo»: espressione di una potestà eteronoma non dissimile da quella posta alla base di un atto amministrativo. Invece, il potere formativo di licenziare doveva ritenersi possedere natura meramente negoziale, suscettibile di contestazione da parte del lavoratore, sul piano sostanziale prima (entro il termine di decadenza) e su quello processuale poi in qualsiasi momento (non dunque, entro gli angusti limiti del termine di prescrizione quinquennale), attraverso la proposizione di una domanda di mero accertamento volta alla dichiarazione della persistenza del rapporto di lavoro, oltre alla domanda di reintegrazione e/o quella risarcitoria (13). D'altra parte, se davvero si fosse potuto ritenere il licenziamento come «provvedimento autoritativo» e ricostruire l'impugnazione come azione demolitoria, non si sarebbe potuta spiegare la regola dell'onere della prova stabilita dall'art. 5, l. n. 108 del 1990, secondo cui spetta al datore di lavoro provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo (e non al lavoratore provarne l'insussistenza); provare, cioè, i fatti costitutivi di quella che sarebbe in ipotesi un'azione di annullamento, consistenti nei «vizi» (nella specie, assenza di giusta causa o giustificato motivo) dell'atto di esercizio del potere (14).

Una più recente posizione aveva contrapposto in maniera più netta sul piano sostanziale il licenziamento del datore di lavoro, quale atto di esercizio del diritto potestativo di determinare la cessazione del rapporto di lavoro, idoneo a produrre immediatamente di fatto l'effetto perseguito, all'impugnativa del lavoratore, quale atto di esercizio del diritto di caducare il licenziamento, senza necessità di ricorrere al giudice, ripristinando *de iure* il rapporto di lavoro, anche se non di fatto. Secondo questa impostazione, non soltanto il lavoratore avrebbe avuto interesse a promuovere l'azione di mero accertamento della persistenza del rapporto di lavoro, ma anche il datore di lavoro, al fine di far dichiarare legittimo il licenziamento (15).

A seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012, l'ambigua e fuorviante lettera del riformato art. 18 St. lav. ha reso il discorso ancora più scivoloso e incerto.

Ai sensi del c. 4, il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, «annulla» il licenziamento e condanna il datore di lavoro (anche) alla «reintegrazione nel posto di lavoro». Ai sensi del c. 5, il giudice, «nelle altre ipotesi» in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, «dichiara risolto» il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e «condanna» il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria.

Le disposizioni riportate, nell'utilizzare formule quali «annulla» o «dichiara risolto», sembrano offrire indizi della natura di azione costitutiva dell'impugnativa.

(13) Consolo 1991, 594, nota 193.

(14) *Ivi*, 569 ss., 573 ss., 578 ss., 590.

(15) Oriani 2003, 165 ss.

A questo proposito, si è subito osservato che il problema della natura dell'azione di impugnativa del licenziamento va ridimensionato alquanto, se solo si considera che, in ogni caso, quale che sia la soluzione accolta, non ne scaturirebbe alcuna inversione degli oneri probatori posti a carico delle parti. Quest'ultima considerazione sarebbe già di per sé sufficiente a porre su un piano di irrilevanza la stessa *querelle* (16).

Tuttavia, non è mancata una nuova riflessione sul punto.

Secondo una tesi, la nuova configurazione dei rimedi contro il licenziamento illegittimo conforta l'idea che «l'esercizio del potere di recesso datoriale – comunque da ricostruirsi in modo unitario – dispieghi sempre efficacia “terminativa” del rapporto, a prescindere dalla sussistenza di qualsivoglia presupposto sostanziale condizionante», (17) e che la sussistenza di tali «presupposti» sia tale da condizionare non l'effetto estintivo del rapporto di lavoro, bensì la reazione del lavoratore, «nelle residuali ipotesi in cui possa ancora indirizzarsi nell'alveo di un *petitum* di reintegra», in modo che questa si atteggi, allo stesso tempo, in termini «ablativi» dell'effetto estintivo-terminativo e «(ri)costitutivi» del rapporto stesso (18). L'azione sarebbe costitutiva nel duplice senso di produrre questo duplice effetto (non dichiarativo).

La tesi, suggestiva, pare coerente con la struttura dell'impugnativa, fondata sulla previsione di un (duplice) termine decadenziale (art. 32, cc. da 1 a 4, l. n. 183/2010), più vicina e consona ad azioni di tipo costitutivo (19), e sembrerebbe trovare sponda in quanto sostenuto già prima della riforma del 2012 da chi ha rilevato che l'annullamento del licenziamento non esclude di per sé l'accertamento dell'attuale persistenza del rapporto allorquando il giudice dispone la reintegrazione (20).

Tale tesi, tuttavia, non persuade pienamente. L'azione di annullamento in senso stretto, infatti, presuppone l'efficacia del licenziamento (pur invalido). Ma tale dato non trova corrispondenza nel risultato perseguito dalla reintegrazione, caratterizzato dal riconoscimento della permanenza del rapporto di lavoro senza soluzione di continuità (21). La formula della «ri-costituzione» del rapporto di lavoro (a seguito della demolizione dell'effetto terminativo conseguente al licenziamento), invece, non offre elementi sufficienti per giustificare lo scostamento da questa peculiarità.

Il quadro normativo risultante dal d.lgs. n. 23 del 2015 è altrettanto problematico (se non di più).

Come anticipato, «nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento», il giudice «dichiara estinto» (non più «risolto») il rapporto di lavoro (art. 3, c. 1). Orbene, in tale ipotesi, *a fortiori* si dovrebbe ancora ritenere che non di pronuncia costitutiva si tratta, bensì di mero accertamento. Se ne potrebbe trarre conferma dal fatto che l'estinzione del rapporto è dichiarata avendo riguardo «alla data del licenziamento» (sebbene sia vero che l'efficacia *ex tunc* non è esclusiva delle azioni di mero accertamento) (22).

(16) Come sostenuto da Luiso 2013, par. 3, nota 12.

(17) De Cristofaro, Gioia 2013, par. 7.

(18) *Ivi*, par. 7.

(19) Cfr. Buoncristiani 2012, 244 ss.; Motto 2012, 553, nota 492.

(20) Menchini 1987, 325.

(21) Anche per riferimenti, vd. Motto 2012, 553, nota 492.

(22) Cfr., anche per riferimenti, Buoncristiani 2012, 245.

Per ciò che concerne, poi, le ipotesi in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto contestato al lavoratore, il giudice è di nuovo chiamato ad «annullare» il licenziamento e a «condannare alla reintegrazione» (art. 3, c. 2). A questo proposito, si potrebbero ribadire i rilievi innanzi svolti con riferimento al testo dell'art. 18 St. lav., ma permangono perplessità derivanti dalla possibile idoneità della nuova distribuzione dell'onere probatorio a mutare le conclusioni in ordine alla natura dell'azione.

6. — *Duplicità di regimi di tutela; duplicità di oneri probatori* — Come rilevato dalla pronuncia in commento, l'art. 3, d.lgs. n. 23, cit., stabilisce una corrispondenza tra duplicità dei regimi di tutela accordabili in caso di accertata illegittimità del licenziamento disciplinare (tutela meramente indennitaria e tutela *anche* reintegratoria) e duplicità degli oneri probatori. Infatti, il giudice:

– dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna al pagamento dell'indennità di cui all'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23, cit., là dove il datore di lavoro non riesca a fornire la prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, in applicazione dell'art. 5, l. n. 604, cit.;

– annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23, cit., nelle ipotesi «in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

Dunque, la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo continua ancora oggi ad atteggiarsi come fatto impeditivo dell'azione di impugnativa con attribuzione del relativo onere sulla parte datoriale convenuta, mentre l'insussistenza del fatto («materiale») contestato opera come fatto costitutivo della domanda di reintegrazione. Ne consegue che l'insufficienza della prova della giustificatezza del licenziamento comporta l'accoglimento della domanda di accertamento della illegittimità del licenziamento e l'applicazione della tutela indennitaria, mentre l'insufficienza della prova che «il fatto non sussiste», pur non escludendo l'accertamento della illegittimità del licenziamento, non consente di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro. In sostanza, se il lavoratore intende vincere con «formula piena», deve attivarsi per l'assolvimento dell'onere probatorio posto a suo carico. Non si tratta, in realtà, di una vera e propria deroga all'art. 5, l. n. 604, cit. (23).

Se questo è il sistema che emerge dall'art. 3, cit., non si può fare a meno di constatare che, dietro l'apparenza di un sia pur minimo riconoscimento applicativo della condanna alla reintegrazione e dietro l'alibi (non importa se esplicito o implicito) dell'adeguamento al diritto vivente circa la nozione di «fatto insussistente», si introduce un ulteriore ostacolo all'ottenimento della tutela considerata più «forte».

Si dirà che anche in relazione all'art. 18, c. 4, St. lav. si poneva (e si pone per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015) un analogo problema. Tuttavia, l'uso dell'avverbio «direttamente» rende ora l'ostacolo ancora più insormontabile, perché pone a carico del lavoratore un onere probatorio che in precedenza non era previsto.

(23) Nel senso che non si tratti di una deroga, vd. De Angelis 2015b, 12.

Cosa significa che l'insussistenza del fatto materiale deve essere «direttamente dimostrata»? Significa che l'onere probatorio deve essere assolto attraverso l'utilizzo di una prova «diretta»?

Se questa fosse l'interpretazione corretta, l'art. 3, c. 2, sarebbe destinato alla declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 24 e 3 Cost., in quanto comportante la violazione del diritto di difesa del lavoratore, irragionevolmente ostacolato nel suo esercizio rispetto a quello del datore di lavoro (24).

Si è proposto, allora, di accogliere una diversa interpretazione, che parta dalla svalutazione sia dell'avverbio «indirettamente», in quanto frutto di equivoci, sia del riferimento alla «materialità» del fatto, considerato come il mero recepimento dell'orientamento espresso dalla Cassazione, privo di incidenza alcuna sulla distribuzione dell'onere probatorio (25). Secondo tale alternativa lettura, il legislatore ha sdoppiato l'azione di impugnativa del licenziamento disciplinare «in due distinte sotto-azioni. La prima consistente in una domanda genericamente volta a ottenere la dichiarazione di illegittimità del licenziamento per la mancanza di uno qualsiasi degli elementi della fattispecie, con conseguente condanna alla corresponsione dell'indennità risarcitoria. La seconda avente come *petitum* la reintegrazione e come *causa petendi* l'inesistenza del fatto materiale» (26). Ne deriva l'inapplicabilità dell'art. 5, l. n. 604 del 1966, poiché altrimenti non è possibile differenziare la domanda di reintegrazione da quella con la quale si chiede la generica declaratoria di illegittimità del licenziamento. Tuttavia, ciò non significa attuare un ribaltamento dell'onere della prova a scapito del lavoratore, bensì soltanto un suo necessario adattamento alla natura del fatto (negativo) da provare. E tale adattamento non può che avvenire attraverso l'applicazione del principio di riferibilità o di vicinanza della prova (27) – enunciato in materia lavoristica con riferimento alla sussistenza del requisito dimensionale ai fini della condanna alla reintegrazione nel regime del previgente art. 18 St. lav. (28) –, con la conseguenza che in capo al lavoratore incombebbe solo l'onere di allegare l'inadempimento e al datore di lavoro l'onere di provare l'esistenza del fatto contestato, poiché più «prossimi» a lui gli elementi indispensabili a tal fine (avendo egli contestato uno specifico addebito) e più «lontani» dal lavoratore (essendo questi destinatario di una contestazione unilateralmente mossa). Ne risulta così assicurato il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. (29), con la necessità, tuttavia, in coerenza con le premesse, di verificare le circostanze che in concreto eventualmente fossero nella disponibilità del lavoratore.

Questa impostazione può essere accolta solo in parte. Precisamente nella parte in cui individua due «sotto-azioni» nelle quali è scomponibile l'impugnativa del licenzia-

(24) Come sostengono, ad es.: De Angelis 2015b, 12 ss.; Giubboni 2015, 19. Esclude comunque la violazione dell'art. 76 Cost. in relazione alla norma delegante, Speciale 2015, 26. Cfr. De Luca (2015, 26), che intravede una possibile violazione dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

(25) Borghesi 2015, 2 s.

(26) Borghesi 2016, 3.

(27) Cfr. Besso 2015, 1383 ss.

(28) Cfr. Cass. 10.1.2006, n. 141, S.U., in *FI*, 2006, I, 704. Di recente, vd. Cass. 19.4.2017, n. 9867.

(29) Borghesi 2016, 3.

mento, ciascuna retta da un proprio onere probatorio, ed è anche apprezzabile là dove tenta di ristabilire un equilibrio tra le posizioni delle parti in causa, evitando di scaricare sul lavoratore l'onere più gravoso. Ciononostante, proprio sotto questo aspetto suscita perplessità, in quanto contraria alla *ratio* dell'art. 3, c. 2, d.lgs. citato, che, potrà piacere o non piacere, è quella di suddividere i pesi tra attore e convenuto a seconda del regime di tutela richiesto con l'impugnativa.

Deve sostenersi, invece, un'altra soluzione che: per un verso, rinunci alla declaratoria di incostituzionalità (30); per un altro, non attui eccessive forzature del dato letterale.

In particolare, preso atto che quello che al lavoratore spetta provare è un fatto negativo (l'insussistenza del fatto materiale contestato), deve anche ammettersi che quel fatto non può essere dimostrato «direttamente», bensì, al limite, indirettamente, con riferimento all'esistenza di fatti incompatibili con l'esistenza dell'addebito e finanche con elementi presuntivi (31).

L'avverbio incriminato, pertanto, non può che significare che l'onere di «dimostrare» l'esistenza del fatto costitutivo della domanda di reintegrazione (rappresentato dalla insussistenza del fatto materiale) grava sul ricorrente nel *solo* caso in cui intenda ottenere la *reintegrazione* nel posto di lavoro. Ne consegue che, fermo restando il rapporto di «necessaria circolarità» tra oneri di allegazione, contestazione e prova che caratterizza il processo del lavoro (32) e che impone a ciascuna parte di provare i fatti da essa allegati che siano resi controversi per effetto della contestazione espressa dall'altra parte (33):

- a) il lavoratore che persegua un altro risultato non è gravato da tale onere;
- b) il lavoratore che non riesca a dimostrare (neanche indirettamente) l'insussistenza del fatto contestato non può ottenere la reintegrazione;
- c) il lavoratore che (come nel caso deciso dal Tribunale di Napoli) riesca a fornire la prova (anche indiretta) della insussistenza del fatto contestato può ottenere la reintegrazione;
- d) la situazione di insufficienza probatoria dal lato del datore di lavoro (circa la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo *ex* art. 5, l. n. 604 del 1966) non integra di per sé la prova dell'insussistenza del fatto contestato (34), ma serve a ottenere la declaratoria di illegittimità del licenziamento e l'applicazione della tutela indennitaria.

(30) Cfr. Lai (2016, 159 s.), il quale sostiene l'incostituzionalità per contrarietà all'art. 76 Cost.

(31) Cfr. Comoglio 2010, 305 ss.

(32) Vd., in particolare, Cass. 17.6.2004, n. 11353, S.U., in *FI*, 2005, I, 1135.

(33) In particolare, sull'onere di contestazione espressamente riferito al convenuto dall'art. 416 c.p.c., sulla esistenza di limiti preclusivi all'esercizio dell'onere in un momento successivo e sul rapporto tra contestazione e contumacia, vd. Dalfino 2017, 118 ss.

(34) In senso diverso, vd. T. Milano 14.3.2017, in *RGL*, 2017, n. 4, II, 617 ss., con nota adesiva di G. Negri, che sostiene un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, in base alla quale il lavoratore può avvalersi della prova presuntiva e indiretta, e la mancata prova del fatto positivo allegato da parte del datore di lavoro a fondamento del licenziamento equivale alla dimostrazione in giudizio del fatto negativo (onere di per sé talmente gravoso da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto alla reintegra).

La soluzione qui proposta deve essere coordinata con quanto innanzi detto a proposito della nozione di «fatto materiale contestato».

Se per tale deve intendersi non solo il fatto storico in sé considerato, bensì anche il fatto specificamente individuato nella sua rilevanza e dimensione disciplinare e nella sua imputabilità al lavoratore, consegue che la prova, anche indiretta, sufficiente al lavoratore per la reintegrazione nel posto di lavoro può avere a oggetto anche soltanto uno di tali elementi.

Tornando alla vicenda di specie, il Tribunale di Napoli ha colto la novità della previsione normativa in ciò: «L'insussistenza del fatto non può, cioè, derivare quale effetto dell'assenza di prova positiva del fatto contestato (e dunque indirettamente) ma deve conseguire – direttamente – dalla prova (diretta e/o indiretta che sia) che la condotta non sussiste». In altri termini, la norma non apporta alcuna modifica al «piano differente che attiene all'oggetto ed efficacia della prova», poiché «ciò che rileva, infatti, non è il procedimento attraverso il quale il “fatto storico” sia acquisito al processo (in modo diretto o indirettamente attraverso una deduzione logica) ma il grado di certezza dell'esistenza di quel “fatto”».

Ciò detto, v'è pure da sottolineare che, nel caso concreto, l'insussistenza del fatto è stata «direttamente dimostrata» in giudizio attraverso prove – quali la dichiarazione di scienza di un testimone e la produzione di documenti – relative non a semplici «indizi» o a fatti secondari, bensì a una congerie di fatti (l'invito rivolto al lavoratore a presentare le proprie dimissioni al fine di evitare il licenziamento con promessa di riassunzione presso altro datore e nuovo licenziamento finalizzato a «godere della disoccupazione»; la messa a disposizione delle energie da parte del lavoratore oramai assistito dal proprio avvocato; l'assenza di qualsiasi procedimento di formalizzazione delle dimissioni «unitamente al considerevole lasso di tempo intercorso tra l'inizio dell'assenza e la determinazione datoriale di espulsione») incompatibili con l'ingiustificatezza del mancato svolgimento della prestazione lavorativa ovvero con un inadempimento contrattuale di rilevanza disciplinare.

Riferimenti bibliografici

- Besso C. (2015), *La vicinanza della prova*, in RDP, 1383 ss.
- Borghesi D. (2015), *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *www.judicium.it*.
- Borghesi D. (2016), *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *www.judicium.it*.
- Buoncristiani D. (2012), *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, Padova.
- Comoglio L.P. (2010), *Le prove civili*, Utet, Torino.
- Consolo C. (1991), *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in RTDPC, 569 ss.
- Dalfino D. (2014), *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in RTDPC, 907 ss.
- Dalfino D. (2016), *La decisione delle domande proposte in via subordinata nel cd. rito Fornero*, in RGL, II, 545 ss.
- Dalfino D. (2017), in Aa.Vv., *Processo del lavoro*, diretto da Curzio P., Giuffrè, Milano.

- De Angelis L. (2015a), *Gli aspetti processuali della disciplina del d.lgs. n. 23/15*, in *FI*, V, 256 ss.
- De Angelis L. (2015b), *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 250.
- De Angelis L. (2017), *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente*, in *ADL*, 605 ss.
- De Cristofaro M., Gioia G. (2013), *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimezzata*, in *NLCC*, 3 ss.
- De Luca M. (2015), *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 251.
- De Santis A.D. (2016), *I profili processuali della disciplina delle tutele crescenti*, in *DLM*, 281 ss.
- Giubboni S. (2015), *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 246.
- Lai P.L. (2016), *Il contratto di lavoro a tutele crescenti; risvolti processuali*, in *RDP*, 150 ss.
- Luiso F.P. (1985), *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *GC*, I, 561.
- Luiso F.P. et al. (2013), in *La nuova disciplina sostanziale processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino.
- Massetani G. (1989), *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, in *FI*, I, 841.
- Menchini S. (1987), *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, Milano.
- Motto A. (2012), *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino.
- Oriani R. (2003), *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova.
- Pagni I. (2004), *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, Milano.
- Peruzzi M. (2015), *L'illegittimità del licenziamento e onere della prova nel d.lgs. n. 23/2015: tentativi maldestri e occasioni mancate*, in *LD*, 330 ss.
- Proto Pisani A. (1990), *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali (legge 11 maggio 1990, n. 108): giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in *FI*, V, 372 ss.
- Sassani B. (1989), *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Cedam, Padova.
- Speziale V. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 259.

Domenico Dalfino
Professore ordinario
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

DIRITTO SINDACALE

[CORTE D'APPELLO VENEZIA, 5.7.2017](#) – Pres. Santoro, Est. Multari – Z.F. (avv. Mladovan) c. S.O. Srl (avv.ti Perlini, Cappucci, Garatti).

Attività sindacale – Diritti sindacali – Permessi sindacali – Art. 23 St. lav. – Art. 30 St. lav. – Natura – Diritto potestativo – Finalità – Facoltà di controllo difensivo – Art. 4 St. lav. – Art. 8 St. lav. – Agenzia investigativa – Legittimità.

L'unico soggetto legittimato a sindacare l'utilizzo dei permessi di cui all'art. 23 St. lav. è l'organizzazione sindacale, atteso che detti permessi hanno natura di diritto soggettivo il cui esercizio, pieno e incondizionato, è tutelato dallo Statuto dei lavoratori al fine di consentire l'effettività dell'azione sindacale nei luoghi di lavoro. Con riferimento ai soli permessi ex art. 30 St. lav., però, è consentito al datore di lavoro di svolgere i controlli difensivi. (1)

(1-2) I PERMESSI SINDACALI SONO SINDACABILI?
GLI ARTT. 23 E 30 ST. LAV. E I CONTROLLI DIFENSIVI

1. — La sentenza in epigrafe riguarda la tematica, ampiamente discussa in dottrina e giurisprudenza, dei diritti sindacali, segnatamente quelli ex artt. 23 e 30 St. lav., nonché quella concernente i cd. controlli umani occulti per scopi difensivi. In tal senso, la pronuncia della Corte d'Appello di Venezia offre l'occasione per tracciare un breve quadro relativo ai contributi giurisprudenziali in materia. Pare dunque utile, in prima battuta, esporre i fatti di causa allo scopo di inquadrare meglio le principali questioni di diritto in gioco.

La vicenda prende le mosse dal ricorso di un lavoratore che, a seguito del recesso datoriale per asserito uso abusivo dei permessi sindacali, impugnava il licenziamento. Il dipendente sosteneva, per quel che qui interessa, la nullità del provvedimento per violazione di norme imperative, quali quelle poste dagli artt. 4 e 8 St. lav., giacché gli venivano contestate delle condotte tenute durante il periodo di fruizione del permesso, conosciute dal datore a seguito di un controllo investigativo. Chiedeva, in via subordinata, di dichiarare il licenziamento illegittimo per assenza del fatto contestato, ri-

ferendo di aver regolarmente svolto, nel periodo di sospensione della sua prestazione lavorativa, attività sindacale. La società si costituiva in giudizio evidenziando che il permesso non era stato richiesto per l'espletamento dell'attività sindacale (quindi *ex art. 23 St. lav.*), bensì *ex art. 30 St. lav.* (la resistente allegava, a tal fine, due differenti moduli precompilati relativi a permessi nel tempo richiesti dall'organismo sindacale in favore del lavoratore: nel modulo afferente alla vicenda *de qua*, il lavoratore veniva qualificato come dirigente provinciale, mentre nel modulo riguardante un permesso chiesto in precedenza veniva qualificato come componente della Rsu). Il datore, dunque, deduceva la sindacabilità del permesso richiesto. Il giudice di prime cure rigettava il ricorso, ritenendo i controlli legittimi in relazione all'*art. 30 St. lav.* e valutando le condotte del dipendente avulse dalla finalità del permesso. Anche il giudice dell'opposizione confermava la legittimità del licenziamento. Il lavoratore proponeva perciò reclamo, rilevando, in particolare, che: nell'istruttoria sommaria e documentale era stata già fornita la prova dello svolgimento dell'attività sindacale; l'organizzazione sindacale aveva errato nell'utilizzo della modulistica per la richiesta dei permessi, intendendo chiedere quello di cui all'*art. 23 St. lav.*; l'azienda gli aveva contestato, in sede disciplinare, l'esercizio di attività private incompatibili con l'attività sindacale; la sanzione applicata era quantomeno sproporzionata, avendo egli effettuato attività comunque riconducibili agli *artt. 23 e 24 St. lav.*; i controlli occulti effettuati dovevano ritenersi illegittimi.

Con la sentenza in commento, la Corte d'Appello accoglie il reclamo, accordando al prestatore di lavoro la tutela di cui all'*art. 18, c. 4, St. lav.*: disciplina applicabile *ratione temporis* al caso di specie. Più che il *decisum*, però, suscita particolare interesse l'*iter* logico seguito dal giudicante, che, richiamando varie pronunce della Suprema Corte, opera una disamina degli istituti relativi ai permessi sindacali presenti nello Statuto dei lavoratori, così analizzandone natura e finalità, allo scopo di verificare la possibilità per il datore di sindacare la rispondenza dell'utilizzo concreto di tali permessi, da parte del lavoratore, allo scopo previsto dalla legge.

2. — I diritti sindacali, tra i quali si annoverano i permessi di cui ci si occupa, sono riconosciuti dallo Statuto dei lavoratori, com'è noto, al precipuo scopo di sostenere e promuovere l'azione sindacale, realizzando così un «prolungamento rispetto alla direttiva costituzionale» (Treu 1990, 1040) tracciata intorno al principio di cui al comma 1 dell'*art. 39* della Costituzione. Tali diritti rappresentano un *quid pluris* rispetto alla tutela della libertà sindacale, poiché tendono a limitare il potere direttivo del datore di lavoro, sacrificandone le esigenze produttive sull'altare dell'azione sindacale (Si vd., tra gli altri: De Luca Tamajo, Alaimo, 1987, 620; Giugni 2012, 101).

I permessi sindacali in discorso vengono, infatti, qualificati come dei veri e propri diritti potestativi: al titolare è riconosciuto un potere che, una volta esercitato, provoca la sospensione automatica dell'obbligazione di lavoro pur lasciando inalterato l'obbligo retributivo in capo al datore, giacché quest'ultimo, in condizione di soggezione, «non può e non deve fare nulla e soltanto soggiace alle conseguenze della dichiarazione di volontà» del primo (Così Santoro Passarelli 1964, 755). La giurisprudenza di legittimità, ampiamente richiamata nella sentenza in commento, chiarisce infatti che «il termine "permesso" è impropriamente adoperato dalla legge [...] infatti, non è una manifestazione di consenso del datore di lavoro a produrre l'effetto giuridico di eso-

nero dalla prestazione lavorativa [...] ma esclusivamente la richiesta dell'interessato nella sussistenza delle condizioni legali e contrattuali previste per la fruizione del permesso» (Cass. 24.3.2001, n. 4302, in *NGL*, 2001, 549). A corollario di tale qualificazione vi è l'impossibilità, per il datore di lavoro, di operare un sindacato preventivo in ordine all'utilizzazione dei permessi, perché non ha egli il potere di concederli o meno (*Ex plurimis*, Cass. 14.1.2003, n. 454, in *RGL*, 2003, n. 3, II, 595, con nota di Frontini). Si discute, invece, sulla facoltà dell'imprenditore di effettuare controlli *ex post* sul loro corretto utilizzo.

Secondo una posizione, sostenuta in dottrina e in giurisprudenza, i permessi *ex art.* 23 St. lav. – cioè quelli richiesti per lo svolgimento di attività sindacali proprie della Rsa o Rsu (In relazione a queste ultime, Cass. 10.1.2005, n. 269, in *RIDL*, 2005, n. 4, II, 806, con nota di Focareta; T. Nola 10.7.2001, in *RIDL*, 2002, n. 4, II, 730, con nota di de Mozzi) – non possono mai essere oggetto di controllo da parte del datore (Cass. 24.3.2001, n. 4302, cit.; Cass. 7.4.2001, n. 5223, in *MGL*, 2001, 563, con nota di Gramiccia; Cass. 30.10.1990, n. 10476, in *FI*, 1991, vol. 114, I, 99; T. Milano 24.12.2003, in *RCDL*, 2004, n. 2, II, 293, con nota di Capurro e Tognolina). Difatti, essendo tali permessi connessi, a norma dell'art. 23, al generico «espletamento del mandato» dei dirigenti sindacali aziendali, si ritiene che a riempire di significato l'anzidetta formula debba necessariamente essere il soggetto collettivo che, anche in ossequio al principio di libertà sindacale, è il solo deputato a individuare in cosa si sostanzia la propria attività sindacale (Per una ricostruzione delle posizioni emerse sul punto, si vd. Del Punta 1991, 7, il quale riporta anche la tesi di segno opposto che riconosce al datore di lavoro la facoltà di operare controlli successivi).

La Corte d'Appello, nella pronuncia esaminata, aderisce a tale orientamento rilevando però che un controllo *ex post* da parte del datore di lavoro è consentito per il permesso di cui all'art. 30 St. lav. (Cass. 24.3.2001, n. 4302, cit.; Cass. 1.8.2003, n. 11759, in *LG*, 2004, n. 6, 570, con nota di Girardi, e in *DL*, 2005, n. 1, II, 67, con nota di Traglia; C. App. Milano 8.6.2004, in *DRI*, 2005, n. 1, 177, con nota di Malandrini; per una più ampia trattazione dell'art. 30 St. lav., si vd. Mc Britton 1989, 296 ss.), stante, in particolare, una più specifica indicazione delle finalità per le quali può essere richiesto: per permettere ai dirigenti sindacali, nazionali o provinciali, di partecipare alle riunioni dei relativi organi direttivi. In tal caso, però, la fruizione del permesso *ex art.* 30 per scopi diversi dalla partecipazione alle riunioni sindacali, provinciali o nazionali, non sarebbe qualificabile in termini d'inadempimento del lavoratore, ma evidenzerebbe la mancanza di un elemento costitutivo del diritto potestativo; perciò la sospensione della prestazione lavorativa del dipendente farebbe venir meno l'obbligo retributivo da parte del datore (In tal senso, Cass. 1.8.2003, n. 11759, in *RGL*, 2005, n. 1, II, 117, con nota di Valente; Cass. 7.4.2001, n. 5223, cit.).

Orbene, il Collegio pone l'attenzione sulla circostanza che la società reclamata aveva contestato al lavoratore, in sede disciplinare, non già l'assenza ingiustificata dal lavoro, quanto piuttosto l'utilizzo del permesso per finalità estranee a quelle previste dalla legge. Sicché, la Corte sembra rilevare l'inidoneità della contestazione a produrre effetti nel rapporto di lavoro, non avendo la società addebitato al dipendente uno specifico inadempimento contrattuale, quale l'assenza ingiustificata. Tale atto appare invece funzionale a ottenere semplicemente la restituzione delle somme retributive corrisposte; conseguenza ammessa dalla giurisprudenza sopra richiamata, a fronte di un

uso abusivo dei permessi, solo in relazione all'art. 30 St. lav., per il quale, del resto, sarebbe consentito il controllo datoriale *ex post*.

Nella medesima contestazione, però, il datore addebitava al lavoratore lo svolgimento di attività «incompatibili per luogo e tempo con le finalità del permesso», non la mancata partecipazione a riunioni provinciali o nazionali, attraendo così il procedimento disciplinare nell'alveo dell'art. 23 St. lav. Perciò, la società, ad avviso del giudicante, ha in origine inteso contestare l'utilizzo improprio del permesso retribuito connesso all'attività sindacale; permesso però estraneo a qualsiasi controllo da parte dell'imprenditore, secondo l'orientamento giurisprudenziale preferito. Nella pronuncia in esame si sottolinea che «l'organizzazione sindacale è l'unico soggetto legittimato a lamentarsi dell'eventuale utilizzo per finalità diverse da quelle sindacali» del permesso.

D'altra parte, il dipendente, alla luce dell'addebito mossogli, ha sempre proposto le sue difese in relazione alla presunta violazione dell'art. 23 St. lav., peraltro dimostrando in giudizio di aver svolto attività sindacale durante il periodo di fruizione del permesso, come confermato anche da una sindacalista la cui testimonianza era stata assunta in sede sommaria. Tali circostanze renderebbero del tutto irrilevante l'errore commesso dall'organizzazione sindacale nell'utilizzo dei moduli per la richiesta del permesso. Per questi motivi, la Corte accorda al lavoratore la tutela reintegratoria per assenza del fatto contestato.

3. — Nella pronuncia si motiva, poi, anche in ordine al mancato riconoscimento della tutela connessa alla nullità del licenziamento per violazione di norme imperative, quali quelle poste dallo Statuto a presidio della dignità e della riservatezza dei lavoratori. Difatti, la Corte sostiene che i controlli effettuati tramite agenzia investigativa non sono di per sé illegittimi, inserendoli nella celebre, quanto controversa, categoria di matrice giurisprudenziale dei cd. controlli difensivi (Si vd., tra gli altri, Lambertucci 2015, 9 ss.; Marazza 2016, 17 ss.; Zoli 2009, 498 ss.), cioè quelli miranti «all'accertamento di comportamenti illeciti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa» (Così, fra le altre, Cass. 27.7.2015, n. 10955, in *RIDL*, 2015, n. 4, II, 984, con nota di Falsone).

Come già evidenziato, il reclamante aveva lamentato la violazione degli artt. 4 e 8 St. lav. A riguardo, va osservato che il controllo tramite agenzie investigative sembra esulare dalle ipotesi previste dall'art. 4, anche per come novellato dal d.lgs. n. 151 del 2015, poiché la norma in discorso fa riferimento solamente a controlli effettuati con l'ausilio di impianti audiovisivi o di altra strumentazione (Sull'ammissibilità dei controlli tramite pedinamento, in relazione all'art. 4 St. lav., vd. Cass. 18.7.2017, n. 17723, in *LG*, 2018, n. 2, 149, con nota di Cairo; in generale sul controllo effettuato da agenzie investigative si vd. Cass. 16.8.2016, n. 17113, in *MGL*, 2016, 490, con nota di Pisani). Più problematica appare invece la compatibilità dei controlli cd. umani – al di fuori del luogo di lavoro e non inerenti a condotte relative alla prestazione lavorativa, come nel caso di specie – rispetto all'art. 8 St. lav. (Si vd. Pret. Monza 24.5.1995, in *RIDL*, 1996, n. 2, II, 541, con nota di Bellavista). La norma vieta le indagini «anche a mezzo di terzi» sulle convinzioni del dipendente (religiose, politiche e sindacali) e su fatti comunque irrilevanti «ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore». Sembra difficile sostenere che un controllo investigativo, magari effettuato in un ampio lasso di tempo, per quanto finalizzato all'accertamento

di possibili condotte illecite del lavoratore, non sia astrattamente idoneo a raccogliere proprio quelle informazioni tutelate dall'art. 8 St. lav. Nel caso di specie, ad esempio, dal rapporto investigativo è emersa persino la partecipazione del lavoratore a una cerimonia funebre: fatto sicuramente inconferente rispetto alla valutazione delle sue attitudini squisitamente lavorative e, probabilmente, afferente *lato sensu* alla sua sfera religiosa. Peraltro, non sembra arduo sostenere che il pedinamento di un dipendente in circostanza di permesso sindacale retribuito e, dunque, nello svolgimento dell'attività sindacale, possa rientrare *ex se* nell'ipotesi, vietata dal medesimo art. 8, di indagine sulle opinioni sindacali del lavoratore (Per un caso analogo, in cui è stata dichiarata l'illegittimità delle indagini svolte da un'agenzia privata su un dirigente sindacale, alla luce dell'art. 8 St. lav., si vd. T. Milano 24.12.2003, cit.).

Riferimenti bibliografici

- De Luca Tamajo R., Alaimo A. (1987), voce *Rappresentanza sindacale aziendale*, in *ED*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 609 ss.
- Del Punta R. (1991), voce *Permessi e aspettativa del lavoratore*, in *EGT*, XXIII, Roma, 1 ss.
- Giugni G. (2012), *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.
- Lambertucci P. (2015), *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a «distanza» tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 255.
- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 300.
- Mc Britton M. (1989), *Giurisprudenza e diritti sindacali*, in *QDLRI*, n. 6, 275 ss.
- Santoro Passarelli F. (1964), voce *Diritti assoluti e relativi*, in *ED*, vol. XII, 748 ss.
- Treu T. (1990), voce *Statuto dei lavoratori*, in *ED*, vol. XLIII, 1033 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.

Lucia Viola
Avvocato in Lecce

TRIBUNALE MILANO, 8.11.2017, [decr.](#) – Est. Scarzella – Ugl Terziario (avv. D.P.) c. G.R. Srl (avv. S.R.).

Rappresentanze sindacali aziendali – Attività sindacale – Contratto collettivo nazionale di lavoro – Sottoscrizione per adesione – Requisiti – Assenza – Condotta antisindacale – Esclusione.

La sottoscrizione per adesione di un Ccnl negoziato da altre organizzazioni sindacali in assenza di una effettiva partecipazione alle trattative e dell'esercizio di un concreto potere negoziale non integra i requisiti richiesti dalla lett. b dell'art. 19 St. lav. per la costituzione di una Rsa e l'esercizio dei diritti del Titolo III, cosicché il diniego opposto dal datore di lavoro non configura una condotta antisindacale. (1)

(1) SULLA LEGITTIMAZIONE DI UGL TERZIARIO ALLA COSTITUZIONE DI RSA. QUANDO LA FIRMA DEL CCNL È REQUISITO NECESSARIO MA NON SUFFICIENTE

1. — In Italia non esistono meccanismi legali di misurazione della rappresentatività sindacale e, di conseguenza, mezzi di certificazione della consistenza numerica delle organizzazioni sindacali. Esiste, invece, una regolamentazione pattizia in materia – nel caso specifico, l'Accordo interconfederale sottoscritto da Confesercenti, Cgil, Cisl e Uil il 7.9.2017 – che, però, non ha ancora trovato piena attuazione. La misurazione della rappresentatività – *rectius*: degli iscritti – si basa su attestazioni rese dalle organizzazioni sindacali che non sono soggette ad alcuna verifica. L'autocertificazione degli iscritti, unitamente a una certa legittimazione politica, ha consentito a Ugl di accreditarsi quale confederazione comparativamente più rappresentativa.

Il ruolo di Ugl nell'ambito delle relazioni sindacali non è, però, mai stato, almeno sino a oggi, assimilabile a quello di Cgil, Cisl e Uil. Di rado le federazioni affiliate alla stessa siedono al tavolo delle trattative con le corrispondenti federazioni di Cgil, Cisl e Uil. Nella prassi, Ugl procede alla firma di un Ccnl identico a quello negoziato e sottoscritto dalle prime tre a un tavolo che nemmeno si può definire parallelo, essendo, il più delle volte, convocato in un secondo momento. Successiva è stata anche la firma del rinnovo del Ccnl terziario, distribuzione e servizi Confesercenti. In particolare, nell'ottobre 2016, Ugl Terziario ha aderito al rinnovo raggiunto, nel luglio del medesimo anno, da Filcams, Fisascat e Uiltucs.

In forza della propria condizione di firmataria di tale rinnovo contrattuale, Ugl Terziario avanzava nei confronti di G.R. Srl la richiesta di poter costituire una propria Rsa. A fronte del diniego oppostole, agiva in giudizio *ex art. 28 St. lav.* per veder accertata l'illegittimità del comportamento datoriale.

Il Tribunale di Milano, chiamato a decidere, escludeva l'esistenza di una condotta antisindacale e, al contempo, la legittimazione di Ugl Terziario a costituire una Rsa e a esercitare i diritti del Titolo III. Il Tribunale di Milano giunge a tale decisione

alla luce della deposizione del segretario generale di Confesercenti. Quest'ultimo chiariva, infatti, che l'organizzazione datoriale aveva preso contatti con Ugl Terziario solo dopo la sottoscrizione del Ccnl da parte di Filcams, Fisascat e Uiltucs. Metteva inoltre in luce come, anche in tale frangente, non fosse stato concesso alcun concreto potere contrattuale, vista la volontà di mantenere la medesima stesura del rinnovo già firmato, anche a fronte delle richieste di modifica avanzate da Ugl Terziario. In assenza di una effettiva partecipazione alle trattative e di un concreto esercizio del potere negoziale da parte di Ugl Terziario non risultavano, quindi, integrati i requisiti di cui all'art. 19 St. lav.

È noto che tale disposizione, nella formulazione successiva alla consultazione referendaria del 1995, legittima alla costituzione di Rsa esclusivamente le organizzazioni sindacali firmatarie di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, a prescindere dal livello a cui lo stesso è stato negoziato. In assenza, l'organizzazione sindacale non può accedere ai diritti del Titolo III.

Nonostante il concetto di firmatario possa sembrare agevole da ricostruire, alcune precisazioni si rendono necessarie. C. cost. 12.7.1996, n. 244, ha, infatti, fornito un'interpretazione rigorosa di tale nozione, alla luce della quale possono godere dei diritti del Titolo III solo i sindacati che hanno preso attivamente parte alle trattative e non semplicemente aderito a un contratto negoziato da altri. Ed è proprio nell'assenza dell'attiva partecipazione alla negoziazione che si individuano le ragioni che hanno portato il Tribunale di Milano a escludere Ugl Terziario dalla costituzione di una Rsa e dall'accesso ai benefici del Titolo III.

Le argomentazioni usate dal Tribunale di Milano, peraltro, hanno implicazioni che vanno ben oltre il caso specifico. Ove tale decisione avesse seguito, infatti, Ugl Terziario potrebbe vedersi negata la possibilità di costituire Rsa in tutte le aziende che applicano il Ccnl terziario, distribuzione e servizi Confesercenti. Ma tali conseguenze potrebbero riproporsi anche per tutti gli altri settori in cui le federazioni aderenti a Ugl abbiano firmato il Ccnl per adesione.

La sottoscrizione del contratto collettivo, peraltro, pur essendo requisito necessario, non è sufficiente. C. cost. n. 244/1996 ha, infatti, anche chiarito che non ogni contratto collettivo è idoneo a far accedere ai benefici del Titolo III. Le ragioni di una tale affermazione devono essere ricercate nella questione di legittimità sottopostale. In particolare, nelle censure mosse dal giudice remittente, era stato sostenuto che l'art. 19 St. lav., legittimando alla costituzione di Rsa anche le organizzazioni sindacali firmatarie di contratti collettivi aziendali, avrebbe concesso al datore di lavoro un potere di accreditamento per i soggetti a lui più graditi, in contrasto con l'art. 17 St. lav.

Dichiarando non fondata tale questione, C. cost. n. 244/1996 metteva in luce come nella sottoscrizione di un contratto aziendale non vi fosse alcun potere di accreditamento del datore di lavoro. La sottoscrizione del contratto aziendale è, infatti, il requisito espressamente previsto dalla norma ed è in forza di questa che i diritti del Titolo III sono concessi. Al fine di sostenere l'effettiva differenza tra le due situazioni, si rendeva, però, necessario individuare un discrimine tra l'estensione pattizia dei diritti sindacali – che sottintende il potere di accreditamento – e l'effettiva stipulazione di un contratto collettivo. A tal fine, con una interpretazione restrittiva, C. cost. n. 244/1996 chiariva che solo la sottoscrizione di un contratto collettivo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante,

anche in via integrativa, a livello aziendale, di un contratto collettivo nazionale o provinciale già applicato nell'unità produttiva, può dare accesso ai diritti del Titolo III.

La concretizzazione di tale principio è spettata alla giurisprudenza, che ha espresso due differenti orientamenti. Secondo il primo, ai fini della costituzione di una Rsa è necessaria la sottoscrizione di un contratto collettivo cd. normativo (Cass. 11.7.2008, n. 19275, con nota di Campanella, in *RIDL*, 2009, II, 1066 ss.). Un secondo orientamento più permissivo ritiene, invece, sufficiente la sottoscrizione di un contratto collettivo cd. gestionale (Cass. 9.1.2008, n. 212, con nota di Ferrara, in *RIDL*, 2008, II, 528 ss., nonché Cass. 11.1.2008, n. 520, con nota di Campanella, in *RIDL*, 2009, II, 1066 ss.).

Tuttavia, leggendo la decisione del Tribunale di Milano, si nota che quest'ultimo, pur rifacendosi ai principi di C. cost. n. 244/1996, richiama la più recente C. cost. 23.7.2013, n. 231.

È noto che, a fronte del cd. caso Fiat e dell'esclusione di Fiom dalla possibilità di costituire proprie Rsa in ragione della mancata sottoscrizione della contrattazione collettiva applicata dal gruppo torinese, C. cost. n. 231/2013 ha esteso tali prerogative anche alle organizzazioni sindacali non firmatarie del Ccnl, purché partecipanti alle trattative. Pur rimanendo invariata la lettera dell'art. 19 St. lav., ne sono stati riscritti il significato e la portata pratica. La partecipazione alle trattative è ora l'indice della rappresentatività del sindacato, seppur non venga chiarito cosa debba intendersi per partecipazione alle trattative.

C. cost. n. 231/2013 ha posto, in tal modo, rimedio alle storture conseguenti a quella che definisce una possibile interpretazione «in difetto» dell'art. 19 St. lav., alla luce della quale l'organizzazione sindacale, anche se effettivamente rappresentativa, non avrebbe potuto godere dei diritti del Titolo III in mancanza della sottoscrizione del contratto collettivo. Interpretazione «in difetto» che C. cost. n. 231/2013 affianca alla possibile interpretazione «in eccesso» già paventata e risolta da C. cost. n. 244/1996, di cui richiama anche le argomentazioni sopra esposte. Si spiega, così, il richiamo effettuato dal Tribunale di Milano al più recente dei due pronunciamenti.

In assenza di una precisa indicazione da parte di C. cost. n. 231/2013, il compito di concretizzare il concetto di partecipazione alle trattative è spettato, innanzitutto, alla giurisprudenza.

Dall'analisi delle prime pronunce in materia, ci si avvede dell'assenza di un orientamento consolidato e unanime. Le difficoltà nell'individuare quali siano i soggetti legittimati a costituire una Rsa discendono dalla natura stessa della decisione presa da C. cost. n. 231/2013. È indubbio, infatti, che, nell'esigenza di risolvere la questione sottoposta al suo vaglio, la partecipazione alle trattative risultasse essere l'indice empirico più idoneo da cui ricavare la rappresentatività di Fiom. Si tratta, però, di un criterio che, in assenza di una definizione vincolante, presenta notevoli limiti sul piano applicativo, dovendo alla giurisprudenza il compito di stabilire quando e come un sindacato si possa ritenere attivamente partecipante alla trattativa.

Alcune decisioni hanno considerato il rifiuto di aprire una trattativa sulla piattaforma contrattuale presentata da un sindacato che gode del consenso dei lavoratori – ed è, quindi, nei fatti, rappresentativo – come antisindacale (Si vd. T. Busto Arsizio 30.7.2014, decr., con note di Russo, in *RGL*, 2015, II, 326 ss., e di Crotti, in *DRI*, 2015, 489 ss.; nonché T. Rovereto 29.4.2016, decr., inedita a quanto consta). A fron-

te di ciò, è stato intimato al datore di lavoro di aprire la trattativa e di riconoscere all'organizzazione sindacale il diritto a costituire una propria Rsa. E ciò in quanto, a parere dei giudici, la rappresentatività dell'organizzazione sindacale configura il presupposto del diritto a partecipare alla trattativa e, quindi, alla costituzione della Rsa.

Altre pronunce, invece, rovesciano il rapporto tra partecipazione alla trattativa e rappresentatività. In particolare, C. App. L'Aquila 17.3.2016 (inedita a quanto consta) ha individuato nella partecipazione alle trattative il necessario requisito di rappresentatività per la costituzione della Rsa. Per contro, non vi è legittimato il sindacato che, seppur rappresentativo, non abbia partecipato alle trattative per la stipula del Ccnl. La partecipazione alle trattative è, quindi, strumento utile – e, al contempo, unico – per misurare la forza dell'organizzazione sindacale e, di riflesso, la sua rappresentatività. Presupposto essenziale per costituire la Rsa è, quindi, la partecipazione dell'organizzazione sindacale ai tavoli negoziali. Partecipazione che, peraltro, non è azionabile dal sindacato, in assenza di un obbligo datoriale a trattare con le organizzazioni sindacali, anche se rappresentative e dotate di un effettivo consenso tra i lavoratori (T. Roma 23.9.2014, decr., con note di Crotti, in *DRI*, 2015, 489 ss., e di Russo, in *RGL*, 2015, II, 326 ss., confermata da T. Roma 6.10.2015, inedita a quanto consta).

Del tutto particolari sono, invece, le argomentazioni che il Tribunale di Brescia, con decreto del 4.2.2014 (Con note di Pacchiana Parravicini e Scarpelli, in *RIDL*, 2014, II, 205 ss., Magnifico, in *RGL*, 2014, II, 309 ss., e Crotti, in *DRI*, 2015, 489 ss.), utilizza per riconoscere il diritto a costituire la Rsa. Nel caso sottoposto al suo esame, l'organizzazione sindacale aveva partecipato alla negoziazione del contratto collettivo senza, però, addivenire alla firma dello stesso. Sussisteva, quindi, lo specifico requisito individuato da C. cost. n. 231/2013. Il Tribunale di Brescia, però – ed è questa la particolarità del caso –, ha ritenuto la partecipazione alle trattative, di per sé, insufficiente a legittimare la costituzione della Rsa, richiedendo, al contempo, anche la maggiore rappresentatività dell'organizzazione sindacale. Nel fare ciò, supera i «confini» dettati da C. cost. n. 231/2013, introducendo un requisito ulteriore, non richiesto né necessario. A differenza dei due orientamenti esaminati, ove rappresentatività e partecipazione alle trattative si alternavano nel ruolo di «causa» ed «effetto», per il Tribunale di Brescia, i due requisiti devono coesistere, configurandosi come complementari.

Le parti sociali hanno, a loro volta, provato a fornire una soluzione. Nel settore industriale, il Testo Unico sulla rappresentanza Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 10.1.2014 stabilisce che – ai fini della costituzione delle Rsa e dell'accesso ai diritti del Titolo III – si intendono partecipanti alla negoziazione le organizzazioni che abbiano raggiunto il 5% di rappresentatività, come media tra il dato associativo e quello elettorale, e che abbiano contribuito alla definizione della piattaforma, nonché fatto parte della delegazione trattante l'ultimo rinnovo del Ccnl.

Nel settore del commercio, il concetto di partecipante alle trattative potrebbe essere individuato in via mediata, alla luce delle previsioni dell'Accordo interconfederale Confesercenti, Cgil, Cisl e Uil del 7.9.2017 (di seguito, A.I.). Pur non definendo precisamente cosa debba intendersi per partecipazione alle trattative, l'A.I. stabilisce che possano partecipare alla negoziazione del Ccnl le organizzazioni sindacali che, nell'ambito di applicazione dello stesso, abbiano una rappresentatività non inferiore al 5%, da calcolarsi come media dei dati relativi alle deleghe sindacali, ai voti ricevuti alle ele-

zioni delle Rsu, alle vertenze individuali, plurime o collettive e alle pratiche per la disoccupazione patrocinata. Con tale previsione viene introdotto un criterio di ammissione alle trattative che si riverbera necessariamente sulla possibilità di costituire Rsa, essendo la prima il presupposto della seconda.

Tale disciplina non è, però, ancora operativa, non essendo state stipulate le convenzioni relative alla raccolta dei dati associativi ed elettorali, né individuate le modalità di rilevazione, certificazione e ponderazione dei due indici ulteriori. Negli eventuali accordi attuativi potrà anche essere differentemente definito cosa debba intendersi per partecipante alle trattative.

Peraltro, Ugl non ha aderito a tale disciplina – a differenza di quanto fatto con l'Accordo interconfederale Confcommercio, Cgil, Cisl e Uil del 26.11.2015 –, che, pertanto, non potrà trovare applicazione nei suoi confronti (Sull'efficacia soggettiva degli Accordi interconfederali, seppur con riferimento al Testo Unico sulla rappresentanza Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 10.1.2014, si vd. T. Roma 20.5.2015, S. III., ord., con note di Ferraresi, in *DRI*, 2015, 848 ss., e di Lassandari, in *RGL*, 2016, I, 647 ss.).

Il concetto di partecipazione alle trattative non pare, quindi, aver ancora trovato, almeno in giurisprudenza, una concretizzazione definitiva. L'assenza di un'efficacia generale esclude, inoltre, che tale definizione possa essere rinvenuta nella disciplina contenuta negli Accordi interconfederali. Non a caso, C. cost. n. 231/2013, a margine della propria decisione, aveva «suggerito» al legislatore di intervenire in materia, prospettando anche un certo numero di alternative.

A prescindere da quali debbano esserne i contenuti – non essendo questo il luogo deputato a indicarli –, ciò che è certo è che, decorsi ormai cinque anni da tale «monito», un intervento legislativo sull'art. 19 St. lav. non può essere ulteriormente rimandato, a meno che non si voglia continuare a lasciare una tematica così complessa e delicata alla sensibilità del singolo tribunale.

Gianluca Bonanomi

*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

SICUREZZA SOCIALE

CORTE DI GIUSTIZIA, 9.11.2017, C-98/15, Sezione Quinta – Avv. Gen. Sharpston – M. Begoña Espadas Recio c. Servicio Público de Empleo Estatal.

Contribuzione previdenziale – Lavoro a tempo parziale – Indennità di disoccupazione – Discriminazioni – Parità di trattamento – Pensione di vecchiaia e anzianità Inps.

L'art. 4, par. 1, della Direttiva n. 79/7 dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa di uno Stato membro che, nel caso di lavoro a tempo parziale verticale, escluda i giorni non lavorati dal calcolo dei giorni di contribuzione, con conseguente riduzione del periodo di erogazione della prestazione di disoccupazione. (1)

(1) INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE E *PART-TIME*:
ILLEGITTIMO ESCLUDERE I GIORNI NON LAVORATI
AI FINI DELLA DETERMINAZIONE DELLA DURATA DEL TRATTAMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La fattispecie esaminata. — 2.1. La normativa spagnola. — 2.2. I profili di contrasto con la normativa europea: inapplicabilità al caso di specie della Direttiva n. 97/81/Ce. — 3. Le possibili influenze sull'ordinamento italiano. — 3.1. I precedenti giurisprudenziali europei e nazionali sulla normativa italiana. — 3.2. La normativa italiana in tema di tutela contro la disoccupazione. — 4. Il sistema di calcolo della durata della Naspi a seguito della giurisprudenza europea e del *Jobs Act*. Osservazioni conclusive.

1. — *Premessa* — Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia dell'Unione europea torna a pronunciarsi sulla compatibilità tra diritto europeo e normativa interna degli Stati membri in tema di trattamenti previdenziali dei lavoratori a tempo parziale. La Corte, in particolare, è chiamata a valutare la compatibilità della normativa spagnola con la Direttiva n. 97/81/Ce, avente a oggetto l'Accordo quadro siglato in data 6.6.1997 dalle organizzazioni sindacali Unice, Ceep e Ces sul lavoro a tempo par-

ziale, nonché con l'art. 4 della Direttiva n. 79/7/Cee, relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale.

Non è la prima occasione in cui la Corte di Giustizia affronta il tema della protezione sociale dei lavoratori a tempo parziale e, in particolare, della portata applicativa del principio di non discriminazione rispetto ai lavoratori comparabili a tempo pieno, contenuto nella Direttiva n. 97/81. La medesima tematica, peraltro, è stata oggetto di svariate pronunce da parte della nostra giurisprudenza nazionale di merito e di legittimità, passando anche dal vaglio della Corte costituzionale.

La pronuncia in questione, pertanto, pur avendo a oggetto la normativa spagnola, può provocare importanti ripercussioni anche sul nostro ordinamento e sul nostro sistema previdenziale, con particolare riguardo alla tutela contro la disoccupazione applicabile ai lavoratori a tempo parziale.

2. — *La fattispecie esaminata* —

2.1. — *La normativa spagnola* — Nel caso di specie, al giudizio di legittimità della Corte di Giustizia è stata sottoposta la *Ley General de la Seguridad Social* (legge generale sulla previdenza sociale): la normativa spagnola che disciplina – fra l'altro – i principali istituti a protezione del lavoratore contro la disoccupazione. L'art. 210, par. 1, della citata normativa disciplina la durata della prestazione sostitutiva dei redditi salariali non percepiti a causa della perdita del precedente impiego, stabilendo che «la durata della prestazione di disoccupazione è determinata in base ai periodi di contribuzione nei sei anni precedenti alla situazione legale di disoccupazione o al momento in cui è cessato l'obbligo di versare contributi». La medesima norma riporta poi un apposito sistema di calcolo, utile a determinare la durata della prestazione di disoccupazione in relazione al periodo di contribuzione. Il quadro normativo spagnolo è completato con le disposizioni regolamentari del *Real Decreto* n. 625/1985, che, all'art. 3, par. 4, stabilisce che, qualora gli accrediti contributivi corrispondano a un lavoro a tempo parziale o al lavoro effettivo nei casi di riduzione dell'orario di lavoro, ogni giorno lavorativo viene computato come giorno di contribuzione, indipendentemente dall'orario di lavoro.

A contestare la legittimità della predetta normativa è stata una lavoratrice spagnola, assunta con contratto di lavoro *part-time* verticale (strutturato in 3 giorni settimanali – lunedì, mercoledì e giovedì – per due ore e mezza giornaliera) e successivamente trovata in situazione di disoccupazione. La lavoratrice si rivolgeva, dunque, al giudice del lavoro spagnolo, chiedendo il riconoscimento dell'indennità di disoccupazione per un periodo complessivamente superiore rispetto a quanto riconosciute dal *Servicio Público de Empleo Estatal* (*Spee*), che tenesse in considerazione anche i giorni della settimana non effettivamente lavorati. La lavoratrice, peraltro, dimostrava in giudizio di aver versato integralmente i contributi nel corso del proprio rapporto di lavoro, calcolati in base alla retribuzione percepita nel corso dell'intero mese e non delle ore o dei giorni effettivamente lavorati.

Il Tribunale nazionale adito (il *Juzgado de lo Social* n. 33 di Barcelona) rilevava un'ipotesi di incompatibilità con il diritto comunitario e sottoponeva la questione alla Corte di Giustizia, chiedendo se la normativa nazionale spagnola violasse il principio di non discriminazione tutelato sia dalla Direttiva n. 97/81/Ce che dalla Direttiva n.

79/7/Cee, considerando che la maggior parte dei lavoratori a tempo parziale spagnoli è costituita da donne. Il giudice del rinvio, in particolare, ipotizzava una doppia penalizzazione dei lavoratori spagnoli a tempo parziale che, da un lato, percepivano una prestazione di disoccupazione quantitativamente inferiore – avendo ricevuto una retribuzione mensile inferiore in ragione del minor numero di ore lavorate – e, dall'altro, usufruivano di tale indennità di disoccupazione per un periodo complessivamente inferiore rispetto ai lavoratori a tempo pieno, sebbene il periodo di contribuzione fosse il medesimo.

2.2. — *I profili di contrasto con la normativa europea: inapplicabilità al caso di specie della Direttiva n. 97/81/Ce* — I possibili profili di illegittimità della disciplina spagnola vengono, dunque, individuati dal giudice del rinvio con riferimento alla Direttiva n. 97/81/Ce – sul lavoro a tempo parziale – e alla Direttiva n. 79/7/Cee, sulla parità di trattamento tra uomini e donne. Entrambi i riferimenti normativi europei assicurano il principio di non discriminazione, rispettivamente, del lavoratore a tempo parziale e della lavoratrice donna dal punto di vista della sicurezza sociale.

Per quanto attiene alla Direttiva n. 97/81/Ce, il succitato principio di non discriminazione è enunciato dalla clausola n. 4 (1) dell'Accordo quadro (allegato alla medesima direttiva), in base alla quale il lavoratore a tempo parziale non può subire un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno comparabile per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, salvo la sussistenza di eventuali ragioni obiettive giustificatrici. La medesima norma, al comma 2, sancisce l'applicazione – in via residuale e secondo un giudizio di opportunità rimesso agli Stati membri – del cd. principio del *pro rata temporis*. In forza di tale principio, il lavoratore a tempo parziale subisce un graduale riproporzionamento del trattamento economico e previdenziale attribuitogli, in considerazione della ridotta entità della sua prestazione lavorativa rispetto al lavoratore *full-time* (2).

Prima di vagliare la compatibilità della normativa spagnola con la Direttiva n. 97/81/Ce, la Corte ha inteso preliminarmente affrontare il già noto tema dell'applicabilità di tale normativa europea alle fattispecie legate ai trattamenti pensionistici e previdenziali (3). Nel preambolo dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, in-

(1) La clausola testualmente stabilisce che: «Per quanto attiene alle condizioni di impiego, i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive. Dove opportuno, si applica il principio "*pro rata temporis*"».

(2) La formulazione della norma, peraltro, appare evidentemente generica ed eccessivamente rimessa a una valutazione di opportunità degli Stati membri. Ciò ha generato non pochi dibattiti in dottrina e giurisprudenza sulle conseguenze applicative di tale principio. Appare condivisibile, a riguardo, la tesi secondo cui il predetto principio trovi applicazione solo in relazione ai trattamenti direttamente derivanti dal rapporto di corresponsività – tipico del rapporto di lavoro – e non a quegli aspetti che attengono alla tutela della persona, come, ad es., la tutela della salute e della sicurezza del lavoratore. Sul punto, vd.: Voza 2015, Quadri 2011.

(3) L'attuale orientamento della Corte in merito alla riconducibilità dei trattamenti pensionistici e previdenziali nell'ambito di applicazione del diritto europeo è frutto di un considerevole *iter* giurisprudenziale; fra le pronunce più rilevanti sul medesimo tema, vd. sent. C.

fatti, le parti sociali hanno limitato il campo di applicazione del medesimo accordo, specificando che esso riguarda le condizioni di lavoro dei lavoratori a tempo parziale e che, al contrario, le questioni relative ai regimi legali di sicurezza sociale rientrano esclusivamente nella competenza degli Stati membri. Tale previsione normativa, peraltro, era già stata interpretata in maniera estensiva dalla Corte di Giustizia, che aveva ricompreso nel concetto di «condizioni di impiego» le pensioni che dipendono da un rapporto di lavoro tra lavoratore e datore di lavoro privato, escludendo tuttavia le pensioni derivanti da un regime legale di previdenza sociale (4). Per verificare se il trattamento pensionistico fosse ricollegabile o meno al rapporto di lavoro, la Corte utilizzava spesso il cd. criterio di impiego, basato sulla verifica della sussistenza di tre condizioni: la riconducibilità della pensione solo a determinate categorie di lavoratori, la proporzionalità rispetto agli anni di lavoro prestati e la quantificazione basata sull'ultima retribuzione (5).

La *ratio* di tale interpretazione estensiva era così motivata dalla Corte: «un'interpretazione della clausola 4 dell'Accordo quadro che escludesse dalla nozione di "condizioni d'impiego", ai sensi della stessa clausola, le condizioni economiche, quali quelle relative alle retribuzioni e alle pensioni, equivarrebbe a una riduzione, in spregio all'obiettivo assegnato alla detta clausola, dell'ambito della tutela accordata ai lavoratori interessati contro le discriminazioni, introducendo una distinzione, basata sulla natura delle condizioni d'impiego, che il testo di tale clausola non suggerisce affatto» (6).

In controtendenza rispetto alle predette motivazioni, la Corte giunge, nella sentenza in esame, a una conclusione diametralmente opposta, accogliendo le conclusioni dell'Avvocato Generale e giudicando inapplicabile la clausola 4, par. 1, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale alla fattispecie esaminata. Ricollegandosi al succitato criterio di impiego, il giudice europeo rileva che, «sebbene la prestazione di cui trattasi nel procedimento principale sia finanziata esclusivamente con contributi versati dal lavoratore e dal datore di lavoro, tali contributi sono versati in applicazione della normativa nazionale e, di conseguenza, non sono regolati dal contratto di lavoro concluso tra lavoratore e datore di lavoro. Pertanto, come rilevato dall'Avvocato Generale al paragrafo 38 delle sue conclusioni, tale sistema presenta più analogie con un regime previdenziale amministrato dallo Stato [...]. Detti contributi, pertanto, non possono rientrare nella nozione di "condizioni d'impiego"» (7).

Giust. 13.7.2017, C-354/16, *Kleinsteuber*; sent. C. Giust. 28.9.1994, C-7/93, *Beune*; sent. C. Giust. 17.4.1997, C-147/95, *Evrenopoulo*; sent. C. Giust. 29.11.2001, C-366/99, *Griesmar*; sent. C. Giust. 12.9.2002, C-351/00, *Niemi*.

(4) Sulla comparazione del concetto di «condizioni di impiego» applicato ai lavoratori a termine e ai lavoratori a tempo parziale, nonché sul relativo percorso giurisprudenziale della C. Giust., si rimanda ad Aimo 2017.

(5) Criterio già utilizzato in passato dalla C. Giust.; cfr., *ex plurimis*, sent. C. Giust. 23.10.2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schonheit, Becker*, punti 56 e 57.

(6) Vd. sent. C. Giust. 10.6.2010, C-395/08, *Bruno, Pettini*, punto 33. La Corte, peraltro, in quell'occasione non fornì una risposta definitiva sull'applicabilità o meno della direttiva, demandando tale compito al giudice nazionale. Per un approfondimento di questo specifico punto della sentenza vd. Quadri 2011.

(7) Vd. punto 33 della sentenza in commento.

Su questo punto pare ragionevole ritenere che, in questa occasione, la Corte sia stata più rigida nell'escludere l'applicabilità della Direttiva n. 97/81 in considerazione della presenza di un ulteriore parametro di legittimità richiamato dal giudice del rinvio, la Direttiva n. 79/7, sulla quale si concentrano le conclusioni della sentenza e che ha consentito comunque di assicurare una miglior tutela al lavoratore. La definitiva pronuncia di illegittimità della normativa spagnola viene fatta derivare, infatti, non dal contrasto con il principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo parziale di cui alla Direttiva n. 97/81/Ce, ma unicamente dalla violazione del principio di non discriminazione delle lavoratrici, in virtù del fatto che, nella fattispecie nazionale esaminata, la maggior parte dei lavoratori a tempo parziale è costituita da donne.

La Corte, pertanto, accerta un'evidente disparità di trattamento dei lavoratori a tempo parziale rispetto ai lavoratori a tempo pieno, che risultano pregiudicati dalla normativa nazionale spagnola a causa del più ridotto periodo di fruizione della prestazione di disoccupazione, seppur a parità di periodi di contribuzione. A riguardo, la Corte si ricollega alle precedenti pronunce in cui essa stessa aveva specificato che sussiste una forma di discriminazione indiretta quando «l'applicazione di un provvedimento nazionale, pur formulato in modo neutro, di fatto sfavorisce un numero molto più alto di donne che di uomini» (8).

La Corte rileva, infine, l'insussistenza nel caso di specie di ulteriori ragioni giustificatrici che legittimerebbero una deroga al principio di non discriminazione, per tali intendendosi esigenze interne che «rispondono a uno scopo legittimo di politica sociale» e che necessitano di mezzi «idonei a raggiungere tale obiettivo» (9). Conclude, quindi, decretando il contrasto tra la Direttiva n. 79/7 e la normativa spagnola in esame, nella parte in cui esclude i giorni non lavorati dal calcolo dei giorni di contribuzione.

3. — *Le possibili influenze sull'ordinamento italiano* — Occorre, a questo punto, interrogarsi se – e in che misura – la sentenza in commento possa avere ripercussioni sull'ordinamento italiano, partendo dal presupposto che il divario uomini/donne nell'utilizzo del contratto a tempo parziale rappresenta un dato statistico comune alla maggior parte degli Stati Ue, ivi compresa l'Italia (10).

(8) Sentenza C. Giust. 22.11.2012, C-385/11, *Elbal Moreno*, punto 29; principio ribadito anche nella sent. C. Giust. 20.10.2011, C-123/10, *Brachner*. Il caso *Elbal Moreno*, in particolare, presenta varie affinità con la pronuncia in commento, avendo anch'esso a oggetto la normativa spagnola previdenziale relativa ai lavoratori a tempo parziale, con riferimento però all'accesso al trattamento pensionistico. Anche in quell'occasione, una lavoratrice eccepiva la violazione da parte della normativa nazionale della Direttiva n. 79/7/Cee, che poneva in essere una discriminazione indiretta nei confronti dei lavoratori *part-time* e, di conseguenza, delle lavoratrici donne, penalizzate nel conseguimento dei requisiti per l'accesso al trattamento pensionistico. La Corte, in quell'occasione, accoglieva le conclusioni formulate dalla lavoratrice, accertando la sussistenza di una discriminazione indiretta a danno delle lavoratrici donne, maggiori utilizzatrici del contratto di lavoro a tempo parziale. In dottrina si è ben evidenziata la portata innovatrice di tale pronuncia, soprattutto con riferimento all'estensione dell'ambito oggettivo e soggettivo della medesima direttiva. Sul punto, cfr. Alessi 2013.

(9) Punto 42 della sentenza in commento.

(10) Cfr. dati Eurostat (http://ec.europa.eu/eurostat/web/products-datasets/-/tpepr_lm210), in base ai quali nel 2017 il *gender gap* tra donne e uomini in età compresa tra i 20 e i 64 anni in Italia è pari al 24,3%, mentre la media europea è pari al 23%.

Occorre, inoltre, rilevare che la pronuncia in commento rappresenta, nel panorama giuslavoristico italiano, solo l'ultimo passo di un lungo *iter* giurisprudenziale, che ha visto coinvolti ulteriori soggetti giuridici e che si è incentrato proprio sulla tutela sociale e previdenziale del lavoratore a tempo parziale. Sotto quest'ultimo profilo, tale sentenza può rivestire un'importanza fondamentale non tanto per le conclusioni cui la Corte giunge, quanto soprattutto per i principi di diritto che vengono ribaditi nelle motivazioni della medesima pronuncia.

3.1. — *I precedenti giurisprudenziali europei e nazionali sulla normativa italiana* — Il precedente giurisprudenziale cardine, sempre a livello europeo, è rappresentato dalla sentenza della Corte di Giustizia del 10.6.2010, *Bruno, Pettini* (C-395/08 e C-396/08), peraltro più volte citata dall'Avvocato Generale nelle conclusioni relative alla controversia in commento, oltre che dal giudice spagnolo che ha operato il rinvio. Oggetto di valutazione era stata proprio la normativa nazionale italiana, e in particolare il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 – da un lato –, e l'art. 7 del d.l. 12 settembre 1983, n. 463 (conv. in l. 11 novembre 1983, n. 638) – dall'altro –, che, combinati tra loro, delineavano le modalità di calcolo dell'anzianità contributiva utile ai fini del conseguimento del diritto alla pensione per i lavoratori *part-time*. Tale normativa, in sostanza, stabiliva che dovevano essere prese in considerazione unicamente le settimane per le quali fosse stato raggiunto il cd. «minimale contributivo», determinato in base ai criteri di calcolo descritti nel citato art. 7 (11). In mancanza – in caso, cioè, di retribuzione settimanale inferiore a detto minimale –, l'anzianità contributiva veniva nettamente ridimensionata e sottoposta a un sistema di riproporzionamento, ottenuto dividendo la retribuzione complessivamente corrisposta nell'anno solare per il minimale contributivo. I periodi non lavorati, invece, non erano minimamente presi in considerazione ai fini del predetto calcolo di anzianità. Tale meccanismo può considerarsi l'attuazione italiana del già citato principio del *pro rata temporis*, scelto dal le-

(11) Il meccanismo, in particolare, è dettagliatamente disciplinato dall'art. 7, ai cc. 1 e 2, d.l. n. 463/1983: «1. Il numero dei contributi settimanali da accreditare ai lavoratori dipendenti nel corso dell'anno solare, ai fini delle prestazioni pensionistiche a carico dell'Istituto nazionale della previdenza sociale, per ogni anno solare successivo al 1983 è pari a quello delle settimane dell'anno stesso retribuite o riconosciute in base alle norme che disciplinano l'accredimento figurativo, sempre che risulti erogata, dovuta o accreditata figurativamente per ognuna di tali settimane una retribuzione non inferiore al 30% dell'importo del trattamento minimo mensile di pensione a carico del Fondo pensioni lavoratori dipendenti in vigore al 1° gennaio dell'anno considerato. A decorrere dal periodo di paga in corso alla data del 1° gennaio 1984, il limite minimo di retribuzione giornaliera, ivi compresa la misura minima giornaliera dei salari medi convenzionali, per tutte le contribuzioni dovute in materia di previdenza e assistenza sociale non può essere inferiore al 7,50% dell'importo del trattamento minimo mensile di pensione a carico del Fondo pensioni lavoratori dipendenti in vigore al 1° gennaio di ciascun anno.

In caso contrario viene accreditato un numero di contributi settimanali pari al quoziente arrotondato per eccesso che si ottiene dividendo la retribuzione complessivamente corrisposta, dovuta o accreditata figurativamente nell'anno solare, per la retribuzione di cui al comma precedente. I contributi così determinati, ferma restando l'anzianità assicurativa, sono riferiti a un periodo comprendente tante settimane retribuite, e che hanno dato luogo all'accredimento figurativo, per quanti sono i contributi medesimi risalendo a ritroso nel tempo, a decorrere dall'ultima settimana lavorativa o accreditata figurativamente compresa nell'anno».

gislatore italiano per adeguare il trattamento pensionistico e l'anzianità contributiva del lavoratore a tempo parziale alla più ridotta quantità di prestazione lavorativa da questi concretamente prestata. Si tratta, peraltro, di un criterio frequentemente utilizzato in materia previdenziale, al punto che non è mancato chi – in dottrina – l'ha definito primo principio informatore della tutela sociale del lavoro non standard (12).

Nel precedente giurisprudenziale in questione, la Corte fu chiara nell'affermare che il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro osta a una normativa nazionale che, per i lavoratori a tempo parziale di tipo verticale ciclico, esclude i periodi non lavorati dal calcolo dell'anzianità contributiva necessaria per acquisire il diritto alla pensione. Più in particolare, la Corte di Giustizia ritenne di derogare al principio del *pro rata temporis*, che, rimanendo applicabile alle modalità di calcolo dell'importo della pensione, se applicato anche alla quantificazione dell'anzianità contributiva necessaria per accedere al trattamento pensionistico avrebbe comportato un ingiusto allungamento dei tempi per la maturazione di tale diritto. Il trattamento pensionistico, infatti, a giudizio della Corte, deve necessariamente essere parametrato solo alla durata complessiva del rapporto di lavoro e non alla quantità di lavoro effettivamente fornita nel corso dello stesso. La tesi della Corte di Giustizia, peraltro, si poneva pienamente in linea con un precedente orientamento giurisprudenziale della nostra Corte di Cassazione, in base al quale i giudici di legittimità più volte avevano ribadito che, nel caso di *part-time* verticale ciclico, il rapporto di lavoro non si interrompe ma più semplicemente rimane sospeso, con la conseguenza che – in relazione ai periodi di inattività – non spetta al lavoratore l'indennità di disoccupazione (13).

A seguito della sentenza *Bruno, Pettini*, la giurisprudenza nazionale si è dovuta necessariamente allineare alle conclusioni della Corte di Giustizia, riconoscendo l'anzianità contributiva ai lavoratori a tempo parziale anche per i periodi non lavorati, a prescindere dalla quantità di lavoro concretamente fornita (14). A riguardo, si è opportunamente rilevato che tali periodi non lavorati non costituiscono un'ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro (come erroneamente sostenuto più volte dall'Inps nei vari giudizi), non potendosi affermare che nei periodi di inattività il contratto di lavoro non trovi esecuzione. Al contrario, i periodi non lavorati altro non sono che un modo di esecuzione della prestazione stessa, che discendono dalla fisiologica esecuzione del contratto a tempo parziale (15). Altri in dottrina hanno sottolineato come, a differenza del contratto di somministrazione, nel quale il periodo di inattività risulta fittizio, in quanto comunque remunerato dall'indennità di disponibilità, il contratto di lavoro a tempo parziale manca di un'analoga forma di tutela (non essendo neanche riconosciuta, come innanzi accennato, l'indennità di disoccupazione) (16).

(12) Renga 2005.

(13) Cfr., *ex plurimis*: Cass. 6.2.2003, n. 1732, S.U., in *GDir.*, 2003, n. 13, 71. Per un approfondimento critico della citata pronuncia vd. Rivero 2003. Sulla medesima tematica cfr., altresì, Lagala 2002.

(14) *Ex plurimis*: Cass. 3.5.2018, n. 10526; Cass. 10.4.2018, n. 8772; Cass. 10.11.2016, n. 22936, in *Pluris Wolters Kluwer*, 2017, nonché, in precedenza, Cass. 24.11.2015, n. 23948, con nota di Bozzao (2016).

(15) Paolini 2016.

(16) Bozzao 2017.

Il medesimo meccanismo, peraltro, è stato successivamente sottoposto anche al vaglio di legittimità della Corte costituzionale, alla quale è stato richiesto un intervento di tipo additivo finalizzato all'introduzione di una riparametrazione su base oraria della retribuzione minima utile ai fini dell'accredito al contributo settimanale. La Corte, tuttavia, pur rilevando un effetto penalizzante per i lavoratori a tempo parziale nell'applicazione della predetta normativa, ha dichiarato la domanda inammissibile, rimettendo la risoluzione della questione al legislatore (17).

Non è, peraltro, la prima occasione in cui la Corte costituzionale affronta il tema del trattamento previdenziale dei lavoratori a tempo parziale. Con la sentenza del 24.3.2006, n. 121, infatti, la Corte si era pronunciata sulla tutela contro la disoccupazione dei lavoratori *part-time* e, in particolare, sulla legittimità costituzionale dell'art. 45, comma 3, del r.d.l. 4.10.1935, n. 1827, recante la previgente disciplina dell'assicurazione per la disoccupazione involontaria. In quell'occasione, riportandosi integralmente alle conclusioni della precedente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione del 2003, la Consulta aveva ribadito che il rapporto di lavoro a tempo parziale verticale prosegue anche nei periodi di inattività, pur con la sospensione delle corrispettive prestazioni. Aveva, quindi, concluso dichiarando non fondata l'eccepita questione di incompatibilità costituzionale con gli artt. 3 e 38 della Costituzione (18).

3.2. — *La normativa italiana in tema di tutela contro la disoccupazione* — Relativamente al sistema di calcolo dell'anzianità contributiva necessaria alla maturazione del diritto alla pensione per i lavoratori *part-time*, la succitata giurisprudenza nazionale ed europea non sembra aver lasciato spazio a ulteriori dubbi. La sentenza in commento, tuttavia, interviene su un diverso aspetto della tutela sociale del lavoratore a tempo parziale, ovvero sull'anzianità contributiva necessaria alla determinazione della durata del trattamento di disoccupazione. I principi sanciti nella predetta sentenza, peraltro, possono svolgere una fondamentale funzione esegetica integrativa della normativa nazionale italiana in materia, in un'ottica di maggior tutela del lavoratore a tempo parziale.

(17) Sent. C. cost. 23.2.2012, n. 36, in *FI*, 2012, n. 5, I, 1347. La Corte, in particolare, così conclude: «Come il testuale tenore della norma rivela, essa si applica "ai lavoratori dipendenti", senza alcuna distinzione, così prevedendo un'unica soglia minima retributiva per l'accesso all'indennità di natura previdenziale, con riguardo sia ai lavoratori a tempo pieno sia a quelli a tempo parziale. Il che, in effetti, può rendere per questi ultimi più difficile il conseguimento di detta soglia minima, avuto riguardo al più ridotto livello di reddito, conseguente al minore orario praticato. Tuttavia, si deve osservare che, se tale rilievo richiederebbe per il lavoro a tempo parziale una disciplina specifica *in parte qua*, questo risultato non può essere conseguito con l'intervento di tipo additivo sollecitato dall'ordinanza di rimessione».

(18) Più in particolare, la Corte costituzionale, soffermandosi sul concetto di «volontarietà» della disoccupazione, distingue tra lavoro stagionale e *part-time* verticale, affermando che, poiché nel primo caso il rapporto di lavoro cessa a fine stagione, il lavoratore stagionale non può contare sulla retribuzione derivante dall'eventuale nuovo contratto, a differenza del lavoratore a tempo parziale, che può legittimamente fare affidamento sulla retribuzione per il lavoro che presterà dopo il periodo di pausa. Per un approfondimento, vd. Alessi 2006, nonché Pessi A. 2006.

Nel nostro ordinamento, l'attuale disciplina legislativa del trattamento economico riconosciuto al lavoratore a tutela delle situazioni di disoccupazione è contenuta nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22, che ha introdotto la Nuova assicurazione sociale per l'impiego (cd. Naspi) (19). La disciplina specifica del contratto di lavoro a tempo parziale, invece, è stata radicalmente riformata dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che ha sostituito il precedente d.lgs. n. 61/2000. Nessuna delle due normative, peraltro, contiene alcuna previsione specifica sul trattamento di disoccupazione per il lavoratore *part-time* (20). La durata di quest'ultimo istituto è disciplinata dall'art. 5 del citato d.lgs. n. 22/2015, in base al quale «la Naspì è corrisposta mensilmente, per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione degli ultimi quattro anni». Il parametro di riferimento per il calcolo della durata del trattamento (da tenere distinto da quello per il calcolo della misura dell'indennità) è dunque rappresentato dalle settimane di contribuzione. La norma di legge, come accennato, non fornisce nessuna previsione specifica per la fattispecie del lavoro a tempo parziale, omettendo di precisare se nelle «settimane di contribuzione» possano essere ricomprese anche quelle che non raggiungano il minimale contributivo, ai sensi del citato sistema di riproporzionamento di cui all'art. 7 del d.l. n. 463/1983. Anche nel nostro sistema normativo, dunque, si pone un problema interpretativo non dissimile da quello posto al vaglio della Corte di Giustizia con la pronuncia in commento, relativo alla disciplina del trattamento di disoccupazione per i lavoratori *part-time*.

A riguardo non sono rinvenibili precedenti giurisprudenziali specifici, tantomeno con riferimento alla Naspì, la cui disciplina normativa – come detto – è piuttosto recente. Non è mancata, tuttavia, una chiave di lettura fornita dall'Inps secondo cui, anche ai fini del calcolo della durata del trattamento di disoccupazione, «sono valide tutte le settimane retribuite, purché per esse risulti, anno per anno, complessivamente erogata o dovuta una retribuzione non inferiore ai minimali settimanali» (21). In mancanza del raggiungimento dei minimali settimanali, quindi, secondo l'interpretazione dell'Inps, il sistema di riproporzionamento di cui all'art. 7, d.l. n. 463/1983, andrà comunque applicato in via analogica.

(19) Su questo versante si è correttamente osservato in dottrina che le innovazioni introdotte dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22, lungi dal voler rivoluzionare il precedente sistema di tutele contro la disoccupazione, corrispondono più che altro al naturale completamento della riforma già avviata nel 2012 con la cd. riforma Fornero, che aveva introdotto la prima forma di Aspi – Assicurazione sociale per l'impiego. Ciò è confermato anche dal rinvio che la nuova normativa effettua, in quanto compatibile, alla previgente normativa del 2012 (art. 14 del d.lgs. n. 22/2015). Sul punto, Caffio 2015. Sull'ambito di applicazione della nuova tutela e, più in particolare, sul processo di universalizzazione della stessa, si rimanda a Spattini 2016 o anche a Capurso 2015. Per un'analisi sistematica delle novità legislative introdotte col cd. *Jobs Act 2*, cfr. anche Zumbo 2017.

(20) A riguardo, si è correttamente osservato che la tutela che il nostro ordinamento offre contro la disoccupazione presenta delle gravi lacune proprio in relazione ai lavoratori *part-time*. Sul punto, si rimanda a Lagala 2011.

(21) Vd. circolare Inps del 12.5.2015, n. 94, punto 2.5, che rimanda al criterio di calcolo di cui al punto 2.2, lett. *b*, della medesima circolare.

4. — *Il sistema di calcolo della durata della Naspi a seguito della giurisprudenza europea e del Jobs Act. Osservazioni conclusive* — La sentenza in commento ribadisce nuovamente quanto già affermato nelle recenti pronunce europee e nazionali in tema di trattamento previdenziale dei lavoratori e tempo parziale, e rende necessaria un'inversione interpretativa della nostra normativa nazionale relativa al calcolo della durata della Naspi, anche in considerazione delle novità legislative introdotte dal *Jobs Act*.

L'art. 7 del d.lgs. n. 81/2015, in particolare, ha innovato la disciplina del principio di non discriminazione (prima contenuta nell'art. 4 del d.lgs. n. 61/2000) (22), prevedendo un generale divieto di trattamenti discriminatori del lavoratore a tempo parziale, che non può subire un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno di pari inquadramento (23). La dottrina maggioritaria considera la nuova formulazione della norma migliorativa rispetto alla precedente: l'assenza, infatti, di un'elencazione specifica di istituti normativi cui applicare il principio di non discriminazione consente un'estensione in via analogica della tutela anche a quegli istituti non espressamente previsti, ivi compreso – ad esempio – il meccanismo di calcolo dell'anzianità contributiva utile ai fini della determinazione della durata della Naspi (24).

È possibile ritenere, quindi, che la nuova formulazione normativa meglio si combini con il fondamentale principio di diritto in tema di trattamento di disoccupazione dei lavoratori *part-time* sancito dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento, che dovrà necessariamente essere preso in considerazione anche nell'interpretazione della nostra normativa nazionale: la durata della prestazione di disoccupazione deve, quindi, essere parametrata alla durata complessiva del rapporto di lavoro, a prescindere dalla quantità di lavoro effettivamente prestata o dal raggiungimento o meno del minimale contributivo. Un'interpretazione differente, come più volte ribadito a livello giurisprudenziale nazionale ed europeo, porrebbe in essere una ingiusta doppia discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo parziale, penalizzati sia nella quantificazione dell'importo dell'indennità di disoccupazione sia nella determinazione della sua durata.

È possibile, peraltro, spingere il medesimo ragionamento della Corte fino a ritenere che lo stesso meccanismo di calcolo (che prescinde dalla quantità effettiva di la-

(22) Tale norma, oggi abrogata, conteneva una elencazione – considerata non esaustiva – di istituti normativi cui si applicava il principio di non discriminazione, fra i quali l'importo della retribuzione oraria, la durata del periodo di prova e delle ferie annuali, la durata del periodo di astensione obbligatoria e facoltativa per maternità, la durata del periodo di conservazione del posto di lavoro a fronte di malattia, infortuni sul lavoro, malattie professionali, l'applicazione delle norme di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, l'accesso a iniziative di formazione professionale organizzate dal datore di lavoro, l'accesso ai servizi sociali aziendali, i criteri di calcolo delle competenze indirette e differite previsti dai contratti collettivi di lavoro, i diritti sindacali.

(23) La nuova norma elimina, dunque, l'elencazione di cui al comma 2 dell'art. 4, d.lgs. n. 61/2000, limitandosi a stabilire che «Il lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno di pari inquadramento; il lavoratore a tempo parziale ha i medesimi diritti di un lavoratore a tempo pieno comparabile e il suo trattamento economico e normativo è riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa».

(24) Un giudizio negativo della nuova formulazione normativa è dato da Cimarosti 2015. Più propensi a un giudizio favorevole, invece, Voza 2015, nonché Paolini 2016.

voro prestato) sia applicabile a ogni caso in cui – in relazione ai lavoratori *part-time* – si faccia riferimento al concetto di «settimane di contribuzione», ivi compreso, ad esempio, il requisito delle 13 settimane di contribuzione necessarie per l'accesso al trattamento di disoccupazione previsto dall'art. 3, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 22/2015.

I segnali intervenuti in tal senso sono molteplici, e non possono non essere presi in considerazione da tutti i soggetti coinvolti nel processo esecutivo e nel meccanismo di erogazione della Naspi (Inps, giudici del lavoro ecc.).

La sentenza in commento rappresenta solo l'ultimo tassello di un complesso mosaico giurisprudenziale che ha visto coinvolti molteplici organi giurisdizionali (dalla Corte di Giustizia alla Corte di Cassazione, fino alla Corte costituzionale). L'auspicio è che tali segnali non rimangano inascoltati neanche dal legislatore, inducendolo a una modifica normativa che superi le attuali incertezze interpretative e tuteli al meglio il trattamento previdenziale del lavoratore a tempo parziale, in ossequio al principio di non discriminazione sempre più nettamente sancito dal diritto comunitario e nazionale.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2017), *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Torino.
- Alessi C. (2006), *Part-time verticale e indennità di disoccupazione: quando le ragioni di bilancio prevalgono su quelle di equità*, in *RIDL*, n. 4, II, 810 ss.
- Alessi C. (2013), *Part-time minimo e accesso alla pensione di vecchiaia*, in *RGL*, n. 3, II, 480 ss.
- Altimari M. (2017), *La tutela previdenziale del lavoratore part-time nel dialogo tra Corte di Giustizia dell'Unione europea e Corte di Cassazione*, in *ADL*, n. 2, II, 429 ss.
- Bozzao P. (2013), *Part-time, genere e accesso al welfare: una lettura del caso Elbal Moreno nell'ottica dell'ordinamento italiano*, in *DLM*, n. 1, 187 ss.
- Bozzao P. (2016), *Pensioni e part-time: regimi previdenziali e prospettive antidiscriminatorie nella giurisprudenza multilivello*, in *RGL*, n. 2, II, 262 ss.
- Bozzao P. (2017), *La tutela previdenziale nel cd. lavoro flessibile*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet Giuridica, Milano, 2573 ss.
- Caffio S. (2015), *Il progressivo ritorno alle origini: dall'indennità di disoccupazione alla Naspi*, in Ghera E., Garofalo D. (2015) (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 267 ss.
- Calafà L. (2017), *Il contratto di lavoro a tempo parziale*, in Persiani M., Carinci F. (a cura di), *Trattato di Diritto del lavoro*, vol. VI, Cedam, Padova, 1195 ss.
- Capurso P. (2015), *Assicurazione sociale per l'impiego 2.0: cambia ancora la tutela per la disoccupazione*, in *LG*, n. 4, 343 ss.
- Cimarosti A. (2015), *Il part-time dopo il Jobs Act*, in *LG*, n. 10, 886 ss.
- Cinelli M. (1997), *Dottrina e giurisprudenza sistematica di diritto della previdenza sociale*, Utet, Torino.
- D'Onghia M. (2017), *Tutela in caso di perdita dell'occupazione*, in Aa.Vv., *Previdenza ed assistenza*, Giuffrè, Milano, 161 ss.

- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro (II)*, in Cicu A. et al. (diretto da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 33 ss.
- Lagala C. (2002), *Le diverse funzioni dell'indennità di disoccupazione e la tutela dei lavoratori part-time*, in *LG*, n. 9, 825 ss.
- Paolini C. (2016), *Nel part-time l'anzianità contributiva va calcolata come nel tempo pieno*, in *LG*, n. 5, 457 ss.
- Persiani M., D'Onghia M. (2016), *I fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Pessi A. (2006), *Disoccupazione e part-time verticale*, in *ADL*, n. 3, II, 813 ss.
- Pessi R. (1995), *La riforma del sistema previdenziale*, Cedam, Padova.
- Quadri G. (2011), *Pensione nel lavoro part-time e discriminatoria esclusione dei periodi non lavorati dal calcolo dell'anzianità contributiva*, in *GI*, n. 5, 1106 ss.
- Renga S. (2005), *Proporzionalità, adeguatezza ed uguaglianza nella tutela sociale dei lavoratori*, in *LD*, 53 ss.
- Riverso R. (2003), *L'indennità di disoccupazione negata nel part-time verticale: ritorna il dogma della volontà nel rapporto di lavoro*, in *LG*, n. 5, 405 ss.
- Scarponi S. (1999), *Luci ed ombre dell'Accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in *RGL*, n. 1, II, 399 ss.
- Spattni S. (2016), *Sostegno al reddito dei disoccupati nella legislazione nazionale*, in *RGL*, n. 3, II, 550 ss.
- Spinelli C. (2015), *Rassegna di giurisprudenza comunitaria*, in *LG*, n. 1, 81 ss.
- Voza R. (2015), *Il «riordino» del contratto di lavoro a tempo parziale*, in *LG*, n. 12, 1115 ss.
- Zumbo A.D. (2017), *La tutela per il lavoro subordinato (Naspi)*, in Pessi R., Sigillò Massara G., *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro*, Giappichelli, Torino, 87, ss.

Paolo Stolfa
Avvocato in Trani

CORTE COSTITUZIONALE, 25.10.2017, n. 250 – Pres. Grossi, Est. Sciarra – C.G. (avv. Troiano), L.F. e altra (avv. Scivoletto), R.P. e altri (avv. Rossi Tortarolo), C.A. e altri (avv. Iacoviello), F.M. e altro (avv. Storace), P.S. e altri (avv. Ricciardi) c. Istituto nazionale di previdenza sociale (Inps) (avv. Caliulo).

Pensione – Blocco della rivalutazione automatica delle pensioni ex art. 24, commi 25 e 25-bis, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2011, n. 214, come modificato dall'art. 1, comma 1, n. 1, del d.l. 21 maggio 2015, n. 65, conv. dalla legge n. 109/2015 – Ritenuta illegittimità della norma – Esclusione – Conseguente infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma censurata.

Il blocco della perequazione per due soli anni e il conseguente «trascinamento» dello stesso agli anni successivi non costituiscono un sacrificio sproporzionato rispetto alle esigenze, di interesse generale, perseguite dal d.l. n. 65/2015 (attuativo della sentenza della Corte costituzionale n. 70/2015). Pertanto devono ritenersi infondate le questioni di costituzionalità sollevate in riferimento alla normativa de qua. (1)

(1) TRA PROPORZIONALITÀ E SOLIDARIETÀ NELLA PEREQUAZIONE
DEI TRATTAMENTI PENSIONISTICI

SOMMARIO: 1. Delimitazione della problematica sottoposta all'attenzione dei giudici costituzionali. L'istituto della perequazione automatica nella sentenza della Consulta 30.4.2015, n. 70. La pensione intesa come retribuzione differita: l'intangibilità dei diritti quesiti. — 2. Il quadro normativo in tema di perequazione dopo il d.l. n. 65 del 2015, conv. in l. n. 109/2015 (specificatamente art. 1, comma 1). Il giudicato costituzionale riletto alla luce del principio solidaristico. — 3. La posizione della Corte costituzionale nella fattispecie in rassegna. L'implicita legittimazione delle ragioni della solidarietà: l'effettività dei diritti futuri.

1. — *Delimitazione della problematica sottoposta all'attenzione dei giudici costituzionali. L'istituto della perequazione automatica nella sentenza della Consulta 30.4.2015, n. 70. La pensione intesa come retribuzione differita: l'intangibilità dei diritti quesiti* — La sentenza della Corte costituzionale n. 250 del 25.10.2017 qui in rassegna chiude, sebbene solo formalmente, la complessa vicenda normativa e giudiziaria scaturita dall'iniziativa del legislatore della riforma pensionistica di cui alla l. n. 214/2011 (in particolare, art. 24, comma 25) di intervenire in senso limitativo sull'operatività del regime perequativo applicato ai trattamenti pensionistici (1).

(1) Si veda sull'argomento, per tutti: Andreoni 2017, 207; Barbieri, D'Onghia 2015, e ivi gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; Ales 2015, 455; Bozzao 2015a, 2; Id. 2015b,

E tanto, segnatamente, rigettando la questione di costituzionalità sollevata con riguardo all'art. 1, comma 1, nn. 1 e 2, del d.l. 21 maggio 2015, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2015, n. 109, intervenuto a novellare, a seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale emessa dal giudice delle leggi con la sentenza 30.4.2015, n. 70, la disciplina in materia di sospensione per gli anni 2012 e 2013 della indicizzazione delle pensioni originariamente posta dal citato comma 25 dell'art. 24 del d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 22.12.2011, n. 214 (cd. decreto Salva Italia) (2).

In tal modo prefigurando importanti prospettive interpretative in tema di adeguatezza delle prestazioni e, dunque, in merito alla relazione intercorrente tra gli articoli 38 e 36 della Costituzione (3).

La vicenda è nota.

Nel quadro di un'azione riformatrice tutta orientata al conseguimento della sostenibilità finanziaria del regime pensionistico, in particolare sul versante della previdenza obbligatoria – che trova riscontro nella generalizzazione del metodo contributivo di computo dei trattamenti, nell'aumento significativo dell'età pensionabile, destinata progressivamente ad attestarsi ai settant'anni, nello stretto collegamento di quest'ultima con la speranza di vita, nell'armonizzazione del regime, attraverso l'unificazione del requisito di accesso per uomini e donne all'età di sessantasei anni a partire dal 2018, nella semplificazione e nella trasparenza dei meccanismi di funzionamento del sistema nel suo complesso per effetto dell'abolizione delle finestre e delle quote –, il legislatore del 2011 con la l. n. 214 confermava la misura, già sperimentata in funzione redistributiva della spesa pensionistica, della sospensione dell'indicizzazione delle pensioni. Questa volta, peraltro, ampliandone gli effetti al punto da coinvolgere, nel prevederne l'operatività anche nei confronti dei titolari di trattamenti superiori a tre volte il trattamento minimo Inps, pensioni di importo relativamente modesto (cfr., in particolare, art. 24, comma 25) (4).

Il che destava forti perplessità, ravvisandosi in essa criticità di segno opposto (5).

Si sosteneva, infatti, la sua scarsa efficacia rispetto all'obiettivo redistributivo perseguito, da un lato, per la limitatezza delle risorse conseguibili e, dall'altro e con maggior enfasi, per l'incidenza ampiamente limitativa dei trattamenti già in corso, riguar-

362; Canavesi 2015; Canavesi, Ales 2017; Cinelli 2017, 347; Id. 2016a, 21; Id. 2015, 429; Id. 1999, 65; D'Onghia 2015a, 319; Id. 2015b, 371; Id. 2013; De Ioanna 2015, 353; Faioli 2017; Garofalo 2015, 680; Giubboni 2017; Id. 2015; Id. 2013, 519; Persiani 2017, 281; Id. 2016, 552; Id. 2015, 1186; Id. 2013, 659; Id. 1996, 53; Id. 1960; Pessi 2017, 163; Id. 2016a, 400; Id. 2016b, 595; Id. 2013, 68; Id. 2006, 364; Prosperetti 2015, 419; Sandulli 2016a, 685; Id. 2016b; Id. 2015a, 559; Id. 2015b; Id. 2013, 691; Sgroi 2015.

(2) Sul quadro normativo di riferimento in materia di perequazione automatica dei trattamenti pensionistici cfr., per tutti, Garofalo (2105, 691-692), cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(3) Sul tema, si veda: Cinelli 2017, 347; Id. 2016a, 21; Faioli 2018; Persiani 2017, 282; Pessi 2016c, 311; Id. 2016b; Sandulli (2015, 687), cui si rinvia per i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(4) Per una rassegna in merito agli interventi in materia pensionistica successivi al decreto Salva Italia di cui alla legge n. 214 del 2011 sia consentito rinviare a Foglia, 2017.

(5) Ancora al riguardo cfr. Garofalo 2015, 691.

dati, perciò, come «diritti quesiti» e, dunque, per la lesione del principio dell'affidamento sulla continuità del regime da parte dei beneficiari (6).

Ed è sotto questo profilo che la misura recata dall'art. 24, comma 25, l. n. 214/2011, veniva censurata sul piano della legittimità costituzionale con la remissione, sulla base delle ordinanze emesse dal Tribunale di Palermo e dalla Corte dei conti, Sezioni giurisdizionali per le Regioni Emilia Romagna e Liguria, che ne rilevavano il contrasto con gli artt. 2, 3, 23, 36, primo comma, 38, secondo comma, 53 e 117, primo comma, Cost., del relativo scrutinio al giudice delle leggi, il quale ne accoglieva i rilievi, dichiarandone, con la citata sentenza n. 70 del 2015, l'incostituzionalità con riferimento agli artt. 3, 36, primo comma, e 38, secondo comma, Cost. (7).

E ciò nella parte in cui prevedeva che, «in considerazione della contingente situazione finanziaria, la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici, secondo il meccanismo stabilito dall'art. 34, comma 1, della legge 23 dicembre 1998, n. 448, era riconosciuta, per gli anni 2012 e 2013, esclusivamente ai trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo Inps, nella misura del 100%». In particolare, sulla base della considerazione per cui la norma richiamata non rispettava i profili di proporzionalità e adeguatezza del trattamento pensionistico, travalicando così i limiti di ragionevolezza.

In sintesi la Corte costituzionale nella pronuncia citata ha ritenuto che l'interesse dei pensionati, in particolare di quelli titolari di trattamenti previdenziali modesti, alla conservazione del potere di acquisto delle somme percepite, da cui deriva in modo consequenziale il diritto, costituzionalmente fondato, a una prestazione previdenziale adeguata, venisse a essere irragionevolmente sacrificato da esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio; risultandone intaccati i diritti fondamentali connessi al rapporto previdenziale, fondati su inequivocabili parametri costituzionali: segnatamente la proporzionalità del trattamento di quiescenza, intesa come retribuzione differita (art. 36, primo comma, Cost.) e l'adeguatezza di cui all'art. 38, secondo comma, Cost. Quest'ultimo da intendersi come espressione certa, se non esplicita, del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e, al contempo, attuazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.

Di fatto, la medesima pronuncia ha inteso dare concretezza al monito dalla stessa Corte precedentemente espresso nella sentenza n. 316 del 2000, integrato dal richiamo alla sentenza n. 349 del 1985, per cui «la sospensione a tempo indeterminato del meccanismo perequativo ovvero la frequente reiterazione di misure intese a paralizzarlo esporrebbe il sistema a evidenti tensioni con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità, poiché risulterebbe incrinata la principale finalità di tutela (la conservazione del valore reale della prestazione) insita nel meccanismo della perequazione».

Si è mirato, in sostanza, a ricondurre il legislatore a quel percorso coerente già in precedenza delineato con l'inibire l'adozione di misure irragionevoli e disomogenee, senza alcuna pretesa di porre limiti ulteriori alle sue prerogative, non risultando pre-

(6) Sul tema si veda, di recente: Cinelli 2017, 347-362; Id. 2015, 543; Persiani 2015, 1186; Pessi 2016, 513; Id. 2016, 595; Sandulli 2015, 687.

(7) Cfr., per i commenti alla sentenza della Consulta n. 70 del 2015, gli Autori citati nella nota n. 1.

clusi alla sua discrezionale iniziativa nuovi successivi interventi di blocco della perequazione automatica né opponendosi ostacoli a una diversa regolamentazione, da declinare sempre sulla base del criterio della ragionevolezza, della medesima materia, fermo comunque il vincolo dell'effettività dei «diritti» già acquisiti e, dunque, insuscettabili di essere «reiteratamente conculcati dalle ragioni dell'economia» (8).

Emergendo, tuttavia, con palese evidenza, la riaffermazione del tradizionale orientamento accolto dalla Corte costituzionale teso, sulla premessa teorica della stretta correlazione tra l'art. 36, primo comma, e l'art. 38, secondo comma, Cost., a riguardare la pensione in termini di retribuzione differita e a valutarne l'adeguatezza applicando il medesimo parametro della proporzionalità e sufficienza in rapporto alla storia retributiva del soggetto interessato (9).

È risalente la statuizione per la quale «il trattamento di quiescenza, al pari della retribuzione, deve essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro prestato e deve in ogni caso assicurare al lavoratore medesimo e alla sua famiglia i mezzi adeguati alle loro esigenze di vita per un'esistenza libera e dignitosa: proporzionalità e adeguatezza che non debbono sussistere soltanto al momento del collocamento a riposo, ma vanno costantemente assicurate anche nel prosieguo in relazione al potere d'acquisto della moneta» cui, peraltro, ha sempre fatto riscontro la precisazione per cui tale principio «non comporta automaticamente la necessaria e integrale coincidenza tra il livello delle pensioni e l'ultima retribuzione», permanendo in ogni caso «una sfera di discrezionalità riservata al legislatore per l'attuazione, anche graduale, dei principi suddetti» (10).

Precisazione, questa, successivamente riformulata, con specifica attenzione alla rilevanza, ai fini di una *reformatio in peius* dei diritti quesiti, alla situazione finanziaria dello Stato, in termini tali per cui «in materia previdenziale deve tenersi anche conto del principio secondo cui il legislatore può – al fine di salvaguardare equilibri di bilancio e contenere la spesa previdenziale – ridurre trattamenti pensionistici già in atto», di modo che «il diritto a una pensione legittimamente attribuita (in concreto e non potenzialmente) – se non può essere eliminato del tutto da una regolamentazione retroattiva che renda indebita l'erogazione della prestazione – ben può subire gli effetti di discipline più restrittive introdotte non irragionevolmente da leggi sopravvenute» (11); così confermando, a contrario, il proprio consolidato orientamento secondo cui «non potrebbe dirsi consentita una modificazione legislativa che, intervenendo in una fase avanzata del rapporto di lavoro, ovvero quando addirittura è subentrato lo stato di quiescenza, peggiorasse senza un'inderogabile esigenza, in misura notevole e in maniera definitiva, un trattamento pensionistico in precedenza spettante, con la conseguente irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività» (12).

(8) Si veda, in proposito, Cinelli 2015, 429. Per una rassegna giurisprudenziale sul tema si veda Bozzao 2015b, 362; Id. 2015a, Faioli, 2018, 2 ss.

(9) Si veda ancora Bozzao 2015b, 362; Garofalo 2015, 680.

(10) Si veda, in particolare, C. cost. n. 26 del 1980.

(11) Così C. cost. nella sentenza n. 446 del 2002.

(12) Così C. cost. nella sentenza n. 349 del 1985.

Di qui le serrate critiche mosse alla sentenza da quella parte della dottrina che ne ha rilevato lo stridente contrasto con la diversa lettura del parametro costituzionale dell'adeguatezza invalsa nell'ambito di una visione per la quale la garanzia apprestata dall'art. 38, secondo comma, Cost., si inquadra in un contesto pubblicistico quale espressione e misura dell'impegno dello Stato alla liberazione del cittadino dal bisogno come condizione per l'effettivo esercizio dei diritti civili e politici e, sul piano ermeneutico, si risolve nella completa sovrapposizione tra il primo e il secondo comma dell'art. 38 Cost. medesimo, venendo così sufficienza e adeguatezza a convergere nell'indicazione del livello di protezione assicurato dalla norma, ovvero quel livello ritenuto, sulla base di una valutazione rimessa alla discrezionalità del legislatore, essenziale al fine di superare la condizione di bisogno sociale, a prescindere dalle situazioni personali di ogni singolo pensionato (13).

In sostanza, una visione che, trovando conferma nell'evoluzione legislativa del sistema previdenziale – con riguardo, in particolare, all'adozione del regime finanziario a ripartizione dei trattamenti pensionistici e all'eliminazione, in relazione al principio di automaticità, di ogni corrispettività tra contributi e prestazioni –, si svincola dal collegamento tra pensioni e retribuzioni, per ancorare al principio solidaristico, idoneo a valorizzare, anche *pro futuro*, l'esigenza della generalità e continuità della garanzia costituzionale, la valutazione del parametro dell'adeguatezza, rapportato alla mutevole contingenza del contesto economico e perciò rimesso all'apprezzamento discrezionale del legislatore.

2. — *Il quadro normativo in tema di perequazione dopo il d.l. n. 65 del 2015, conv. in l. n. 109/2015 (specificatamente art. 1, c. 1. Il giudicato costituzionale riletto alla luce del principio solidaristico* — È su questa linea concettuale, valendosi delle agibilità comunque, come si è visto, ammesse nella motivazione della sentenza, che si è sviluppata la vicenda legislativa successiva, sfociata nell'emanazione del d.l. n. 65/2015, poi convertito nella legge n. 109 del 2015 (cfr. art. 1, comma 1), recante «Disposizioni urgenti in materia di pensioni, di ammortizzatori sociali e di garanzie Tfr»: che, nel dare attuazione alla pronuncia della Corte, non ha rinunciato al blocco originariamente disposto, senza deflettere dall'obiettivo dell'equilibrio finanziario del sistema.

È significativo l'*incipit* dell'art. 1 del decreto citato, dove espressamente il legislatore dichiara di volere assicurare «la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali nel rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio e degli obiettivi di finanza pubblica, anche in funzione della salvaguardia della solidarietà intergenerazionale».

In concreto, l'art. 1 del d.l. n. 65/2015, nel sostituire il comma 25 dell'art. 24 della l. n. 214/2011, integrandolo anche con il comma 25-*bis*, continua a prevedere per gli anni 2012 e 2013 la rivalutazione integrale solo per le pensioni più basse ossia per i trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il minimo Inps (cfr. lett. a, art. 1, comma 1), rimodulando, invece, il beneficio con riferimento ai tratta-

(13) Il riferimento è a Persiani 2017, 281 ss.; Id. 2016, 21. Per i diversi orientamenti dottrinali sul punto anche contrastanti si veda di recente la rassegna di Faioli 2018; nonché Foglia 2017, come pure ancora gli Autori citati nella nota 1.

menti di importo superiore in misura percentuale progressivamente decrescente (cfr. le lett. *b*, *c*, e *d*, art. 1, comma 1) ed escludendo qualsiasi rivalutazione dei trattamenti pensionistici complessivamente superiori a sei volte (e non più a tre volte) il trattamento minimo Inps (cfr. lett. *e*, art. 1, comma 1).

Sull'effettiva idoneità di siffatta soluzione normativa a porsi quale attuazione dei «principi» enunciati dalla sentenza n. 70 del 2015 sono state espresse ampie riserve da parte di taluna dottrina, rilevando come lo stesso richiamo al rispetto dell'equilibrio di bilancio e degli obiettivi di finanza pubblica dia conto di un adeguamento solo parziale, risultando confermato l'intento di privilegiare la discrezionalità del legislatore rispetto al riconoscimento integrale della garanzia costituzionale dell'adeguatezza dei mezzi alle esigenze di vita, riguardata ancora nella tradizionale prospettiva della proporzionalità tra trattamento pensionistico e retribuzione percepita nel corso della vita lavorativa emergente dal collegamento tra gli artt. 36 e 38 Cost. (14).

3. — *La posizione della Corte costituzionale nella fattispecie in rassegna. L'implicita legittimazione delle ragioni della solidarietà: l'effettività dei diritti futuri* — La norma, sottoposta al vaglio del giudice delle leggi, con la sentenza in epigrafe ha superato lo scrutinio di costituzionalità, promosso dai giudici rimettenti con quindici ordinanze ancora in riferimento agli artt. 2, 3, 23, 36, comma 1, 38, comma 2, 53 e 117, comma 1, Cost., cui aggiungono l'art. 136 Cost., concernente la conformità al giudicato costituzionale, essendo stata ritenuta idonea a realizzare un ragionevole bilanciamento tra diritti dei pensionati ed esigenze di finanza pubblica (15). Ragionevolezza definita dalla Corte quale «elemento cardine intorno a cui devono ruotare le scelte del legislatore nella materia pensionistica, assumendo, per questa sua centralità, a principio di sistema».

La Corte perviene a tale affermazione premessa una lettura della sentenza n. 70 del 2015, cui rinvia per i principi da essa enunciati.

E tanto segnatamente nei termini per cui la declaratoria di incostituzionalità, allora pronunciata con riguardo al primo periodo del previgente comma 25 dell'art. 24 della l. n. 214/2011, discendeva dall'aver il legislatore, con quella disposizione, fatto «cattivo uso della discrezionalità», comunque a esso spettante e tale da legittimare il suo intervento sul meccanismo perequativo dei trattamenti pensionistici; giacché, nel bilanciare l'interesse dei pensionati alla conservazione del potere d'acquisto di quei trattamenti con le esigenze finanziarie dello Stato, pure meritevoli di tutela, aveva sacrificato il primo, in particolare modo quello dei titolari di trattamenti previdenziali modesti, in nome di esigenze finanziarie, sostiene la Consulta, neppure illustrate. Così configurando la pronuncia medesima come intesa a demandare al legislatore un intervento che, emendando tali vizi, operasse un nuovo bilanciamento dei valori e degli interessi costituzionali coinvolti, nel rispetto dei limiti di ragionevolezza e proporzionalità, senza che alcuno di essi risultasse irragionevolmente sacrificato.

E, sulla scorta di tali indicazioni, giunge a ritenere che l'intervento legislativo at-

(14) Sulle critiche in merito alla soluzione adottata dal d.l. n. 65 del 2015 si veda, per tutti: Garofalo 2015, 680.

(15) Per una rassegna completa delle ordinanze di rimessione e, dunque, dei profili di illegittimità sollevati, si veda il testo della sentenza.

tuato con la riformulazione a opera del d.l. n. 65 del 2015, del comma 25 (ora integrato anche dal comma 25-*bis*) dell'art. 24, l. n. 214 del 2011, risponda a quella sollecitazione.

Ma la Corte costituzionale matura tale esito tutto nel solco della tradizionale impostazione intesa a dare rilievo all'interazione, che la Corte medesima richiede sia costante, tra i principi costituzionali racchiusi negli artt. 3, 36, primo comma, e 38, secondo comma, Cost.; interazione concepita quale ambito in cui viene a situarsi il limite alle misure di contenimento della spesa che, in mutevoli contesti economici, hanno inciso sui trattamenti pensionistici, per porsi tale limite, appunto, quale risultante dell'equilibrio di quei valori, cui si correla la non irragionevolezza dell'intervento legislativo.

In sostanza, la Corte ribadisce il principio per cui l'intervento del legislatore inteso a discriminare all'interno dei soggetti cui identicamente pertiene il diritto, assicurato dal meccanismo perequativo, alla conservazione del potere d'acquisto dei propri trattamenti pensionistici si legittima, rientrando nella sfera della sua discrezionalità il bilanciamento di tale diritto con le esigenze finanziarie dello Stato, pure meritevoli di tutela, purché non ne risulti irragionevolmente compromessa l'adeguatezza degli stessi quali «mezzi volti al soddisfacimento delle esigenze di vita»; adeguatezza destinata a trovare, in linea con quanto già enunciato nella sentenza n. 173 del 2016, misura nel «nucleo essenziale» della prestazione pensionistica complessivamente considerata, tenendo conto anche dell'impegno individuale nella qualità e quantità del lavoro svolto nella vita attiva.

Ritenendo, così, che il blocco temporaneo della perequazione per due soli anni e il cosiddetto «trascinamento» dello stesso agli anni successivi non costituiscano un sacrificio sproporzionato rispetto alle esigenze di interesse generale perseguite dagli artt. 25 e 25-*bis* del d.l. n. 65/2015. E ciò giacché incidono, secondo la Consulta, su una limitata percentuale dell'importo complessivo del trattamento pensionistico, non sulla disponibilità dei mezzi di sussistenza da parte dei pensionati titolari di trattamenti medio-alti.

In tal senso depone inequivocabilmente la sequenza delle proposizioni espresse nella motivazione della sentenza *de qua*.

Infatti, in primo luogo, si ribadisce «la discrezionalità che spetta al legislatore nel bilanciamento dell'interesse dei pensionati alla difesa del potere d'acquisto dei propri trattamenti con le esigenze finanziarie dello Stato»; si afferma, in secondo luogo, che «le misure percentualmente decrescenti della perequazione riconosciuta, per gli anni 2012 e 2013, a trattamenti pensionistici medi o, ancorché modesti, tuttavia pur sempre superiori a tre e a quattro volte il trattamento minimo che costituisce il nucleo essenziale della tutela previdenziale, non sono irragionevoli»; ci si volge poi a motivare tale affermazione sulla base del giudizio secondo cui quelle misure «non sono tali da poter concretamente pregiudicare l'adeguatezza dei trattamenti, considerati nel loro complesso, a soddisfare le esigenze di vita»; e infine si fonda tale giudizio sul rilievo per cui «tali disposizioni rispettano, comunque, anche in assenza di un collegamento indefettibile tra gli artt. 36 e 38 della Cost., il principio di proporzionalità dei trattamenti di quiescenza al profilo meritocratico comunque sotteso alla prestazione».

È tuttavia significativo il rigetto della questione di costituzionalità rispetto a una norma la cui natura compromissoria è, come detto, espressamente sancita nel suo *in-*

cipit, laddove si dichiara l'intento di conciliare «la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» con il «principio dell'equilibrio di bilancio e degli obiettivi di finanza pubblica, anche in funzione della salvaguardia della solidarietà intergenerazionale».

Il che sembrerebbe, a mio modesto avviso, accreditare un dimensionamento del parametro costituzionale dell'adeguatezza secondo quella logica solidaristica per la quale il limite della garanzia accordata trova corrispondenza in quel valore che consente il mantenimento dell'equilibrio finanziario funzionale ad assicurare alle generazioni future la medesima tutela (16).

Ove dunque l'attuazione della garanzia costituzionale e discrezionalità legislativa si coniugano, rinvenendo il loro oggettivo punto di intersezione nella considerazione della portata intergenerazionale del riconosciuto diritto sociale (17).

Secondo, quindi, un criterio tendenzialmente e per così dire «egualitario» atto a garantire a tutti i cittadini l'effettivo e sostanziale godimento dei diritti fondamentali attraverso un livello comunque minimo di prestazione (*id est*: il cd. «nucleo essenziale», ovvero la sostanza del diritto a pensione). Del resto, in piena consonanza con le dichiarate finalità legislative espresse con il d.l. n. 65 del 2015 – qualificato dalla Corte come «intervento legislativo che va considerato nella sua interezza», in quanto «apporta significative novità normative rispetto al previgente regime» –, che in qualche modo esprimono quanto già prefigurato anche in passato dalla giurisprudenza costituzionale. Laddove il giudice delle leggi, nel legittimare la discrezionalità del legislatore in materia di adeguatezza del trattamento pensionistico, pur conferendo chiara preminenza alle esigenze di bilancio, dettagliatamente prefigurate in una specifica Relazione illustrativa, tuttavia non lo fa «indiscriminatamente», ma individua gli effettivi limiti di intervento nel rispetto comunque dell'«esigenza minima di protezione della persona» (*id est*: pensione nel nucleo minimo), fermo restando, come testualmente si afferma, che non gode di protezione costituzionale il raggiungimento del trattamento nel suo livello massimo (18).

Tanto è vero ciò che la Corte, nella sentenza n. 250/2017, afferma ancora di aver scrutinato i valori personali inerenti alla tutela previdenziale, ancorati al principio di solidarietà (sotteso all'art. 38 Cost.), coordinato con il principio di razionalità-equità

(16) Si veda Faioli 2018.

(17) E ciò nonostante la lettura di recente fornita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 275 del 2016 con riguardo alla rilevanza del vincolo di pareggio del bilancio, che sostanzialmente lo degrada da parametro valutativo di legittimità dei diritti a elemento del giudizio di contemperamento tra diritti ed economia con il sancire che «è la garanzia dei diritti incompressibili a incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». Si veda, per il commento alla richiamata sentenza: Cinelli 2017, 351; Andreoni 2017, 207; Ciolli 2017, 353.

(18) Si vedano sul punto l'ordinanze: C. cost. n. 202/2006; C. cost. n. 531/2002. Si veda in dottrina Cinelli (2016b, 185-186), che richiama al riguardo l'ordinanza C. cost. n. 195 del 2000. E tanto condividendo anche l'opinione di Sandulli (2017), senza che una impostazione della problematica nei termini descritti induca quale logica conseguenza a una soluzione «pauperistica»; imponendosi, al contrario, come assolutamente ineludibile in tal senso, mutuando le parole del maestro, «una seria ed equilibrata ripresa economica che consenta di destinare risorse al secondo livello».

(art. 3 Cost.), tenuto conto del contenimento della spesa e chiarendo che deve essere comunque salvaguardata la garanzia di un reddito che non comprima le esigenze di vita cui era precedentemente commisurata la prestazione lavorativa.

In questi termini il giudice delle leggi afferma che l'articolo 1, comma 1, del d.l. n. 65 del 2015 rappresenta l'espressione «di una scelta rispetto alla quale l'intervento della medesima Corte non ha potuto determinare, a svantaggio del legislatore, effetti corrispondenti a quelli di un "esproprio" della potestà legislativa sul punto».

Rinvenendosi così in tale intervento della Corte conferma di un processo di convergenza delle due linee di protezione sociale, solidaristica e meritocratica, non in termini di separazione, ma unitari.

Si risente sullo sfondo l'eco di affermazioni di principio già rese esplicite nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Il riferimento è alla sentenza n. 173 del 5.7.2016 (19), dichiarativa della legittimità costituzionale delle disposizioni recate dall'art. 1, della l. 27.12.2013, n. 147 (*id est*: legge di stabilità 2014), rispettivamente al comma 483, concernente il riconoscimento, per il triennio 2014-2016, della rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici in misura progressivamente decrescente dal 100 al 40 per cento, in corrispondenza all'importo del trattamento pensionistico, rispettivamente superiore da tre a sei volte (per il solo anno 2014) il trattamento minimo Inps, e al comma 486, relativo al «contributo di solidarietà» gravante per un triennio a carico dei titolari di trattamenti pensionistici corrisposti da enti gestori di forme di previdenza obbligatorie, complessivamente superiori da quattordici a trenta volte il trattamento minimo Inps (cd. pensioni d'oro).

Sul primo tema, il positivo scrutinio di costituzionalità è desunto *a contrario* dalla richiamata sentenza n. 70/2015, risultandone ribaltato l'esito per essere stato ritenuto il diverso contenuto della disposizione, che prevedeva una rimodulazione nell'applicazione della percentuale di perequazione automatica sul complesso dei trattamenti pensionistici con l'azzeramento delle sole fasce di importo superiori a sei volte il trattamento minimo Inps, ma in ragione del medesimo parametro costituito dai valori costituzionali della proporzionalità e dell'adeguatezza dei trattamenti di quiescenza.

Sul secondo tema, è il valore più elevato delle pensioni colpite a rendere ragionevole sul piano logico, ma altresì sul piano della compatibilità, la deroga al principio dell'affidamento al mantenimento del trattamento già maturato e, dunque, al parametro pur sempre rappresentato dalla garanzia costituzionale dell'art. 38 Cost. collegata all'art. 36 Cost.; deroga ammessa in conformità al consolidato orientamento della Corte, sopra richiamato, per il quale quell'aggancio non si configura come indefettibile e strettamente proporzionale.

Ebbene qui rileva il riferimento alle ragioni giustificative della deroga a quell'aggancio riferimento riassunto nella qualificazione del prelievo forzoso come solidale: termine assunto dalla Corte secondo un duplice significato.

Per un verso, infatti, la Corte si richiama alla solidarietà endoprevidenziale, mirata al sostegno del sistema pensionistico attraverso un circuito redistributivo interno al si-

(19) Per un primo autorevole commento si vd.: Sandulli 2016; Id. 2016, 685; Id. 2013, 683. Sulla sentenza n. 173 del 2016 si veda anche Barbieri 2017, 87.

stema stesso (20), secondo una logica che viene ora nuovamente riproposta con la nuova sentenza n. 7/2017, laddove la conservazione presso le Casse dei liberi professionisti delle risorse recuperate dai risparmi sui costi intermedi e la destinazione delle stesse all'erogazione delle prestazioni anziché al trasferimento all'erario conferma l'operatività di quel meccanismo anche con riguardo alla diversa forma di previdenza, rimandando a un più radicale concetto di solidarietà endocategoriale (21).

Per altro verso, la Corte stessa rinvia a un più generale principio di solidarietà cui quel sistema nel suo complesso è informato, così da orientare l'azione pubblica di sostegno previdenziale ai più deboli, in una dimensione non solo intragenerazionale, ma, altresì, intergenerazionale, tanto più a fronte di una situazione di grave crisi del sistema che la stessa Corte riconduce a vari fattori endogeni ed esogeni che afferma essere tra loro il più delle volte intrecciati indicandoli, esemplificativamente, nella crisi economica internazionale, nell'impatto sull'economia nazionale, nella disoccupazione, nella mancata alimentazione della previdenza, nelle riforme strutturali del sistema pensionistico.

La Corte, dunque, nel riproporre nella sentenza in commento il consueto schema valutativo del parametro costituzionale dell'adeguatezza, resta in bilico tra le due antitetiche interpretazioni che abbiamo visto fronteggiarsi sul tema.

A ben vedere, infatti, del costante riferimento alla tesi tradizionale, che, risentendo dell'originaria impostazione assicurativo-occupazionale del sistema previdenziale, insiste sul collegamento tra pensione e retribuzione, ricostruendo la nozione di adeguatezza dei trattamenti pensionistici di cui all'art. 38, secondo comma, Cost., sulla base dei principi di proporzionalità e sufficienza che l'art. 36, primo comma, Cost. fissa con riguardo alla retribuzione, la Corte si vale quale mero parametro per lo scrutinio di ragionevolezza di un'azione legislativa che, di contro, risulta improntata alla diversa opzione ermeneutica fondata sul principio solidaristico e, pertanto, attenta alla salvaguardia dell'equilibrio finanziario del sistema in funzione dell'effettività e continuità *pro futuro* della garanzia costituzionale.

Ancora una volta, come già la dottrina più avvertita aveva evidenziato con riferimento alla citata sentenza n. 173/2016, la Corte si esime dall'affrontare la problematica di fondo, che pure sarebbe chiamata a dirimere, data dall'individuazione della nozione e della valenza del principio di adeguatezza (22).

(20) Si vedano già in questo senso le ordinanze della C. cost. n. 22 del 2003 e n. 160 del 2007, richiamate in motivazione, che, con riferimento a tale parametro, ebbero a ritenere non in contrasto con gli artt. 3 e 53 Cost. (la prima) e, altresì, con gli artt. 2, 36 e 38 Cost. (la seconda) l'analoga disposizione di cui all'art. 37 della l. 23.12.1999, n. 488 (legge finanziaria 2000), che prevedeva: «A decorrere dal 1.1.2000 e per un periodo di tre anni, sugli importi dei trattamenti pensionistici corrisposti da enti gestori di forme di previdenza obbligatorie complessivamente superiori al massimale annuo previsto dall'art. 2, comma 18, della legge 8 agosto 1995, n. 335, è dovuto, sulla parte eccedente, un contributo di solidarietà nella misura del 2 per cento». Di contro, si veda la sentenza della C. cost. n. 116 del 2013, con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato illegittimo un precedente analogo prelievo in ragione della sua affermata natura tributaria.

(21) Per un commento alla sentenza sopra riportata si veda: Cinelli 2017; De Ioanna 2017, 497.

(22) Il riferimento è a Persiani 2017, 154 ss.

Sta qui la fondamentale carenza che può ravvisarsi con riguardo alla pronunzia in questione.

Eppure il passo era breve, rinvenendosi nel riferimento alla solidarietà intergenerazionale, contenuto nella norma medesima e ormai avvertito come rilevante dalla stessa Corte costituzionale che, non a caso, quella norma ha positivamente vagliato, lo spunto per un approdo interpretativo inteso a leggere il parametro dell'adeguatezza quale misura della discrezionalità del legislatore nell'attuazione della garanzia costituzionale o, in altri termini, della congruità rispetto alla finalità di cui è nell'art. 38, secondo comma, Cost. prescritta la considerazione, data essenzialmente dalla liberazione del cittadino dal bisogno, delle prestazioni previdenziali quali originariamente definite o successivamente incise in relazione al ridursi delle risorse disponibili.

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2015), *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *DLRI*, 455 ss.
- Andreoni A. (2017), *Diritti sociali fondamentali ed equilibrio di bilancio*, in *RGL*, n. 2, I, 207 ss.
- Barbieri E.M. (2017), *I contributi di solidarietà davanti alla Corte costituzionale*, in *MGL*, 87 ss.
- Barbieri M., D'Onghia M. (a cura di) (2015), *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 4.
- Battisti A.M. (2008), *L'adeguatezza delle prestazioni tra Costituzione e riforme legislative*, in *RDSS*, n. 2, 309 ss.
- Bifulco R. (2008), *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Roma.
- Bozzao P. (2015a), *«L'adeguatezza retributiva» delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10, 2 ss.
- Bozzao P. (2015b), *Il pensiero della Consulta sul blocco pensionistico: adeguatezza «retributiva» o «redistributiva» della pensione?*, in *DLM*, n. 2, 362 ss.
- Canavesi G. (a cura di) (2015), *Dialogo sul welfare. Intorno al volume La sfida del cambiamento. Quaderni della sussidiarietà*, Fondazione per la sussidiarietà, Milano.
- Canavesi G., Ales E. (a cura di) (2017), *Il sistema previdenziale italiano. Principi, struttura ed evoluzione*, Giappichelli, Torino.
- Cinelli M. (1999), *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *ADL*, I, 65 ss.
- Cinelli M. (2015), *Illegittimo il blocco della indicizzazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte*, in *RDSS*, n. 2, 429 ss.
- Cinelli M. (2016a), *L'effettività delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *RDSS*, n. 1, 21 ss.
- Cinelli M. (2016b), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Cinelli M. (2017), *Dalla sentenza n. 70/2015 alla sentenza n. 7/2017: le pensioni e la Corte costituzionale*, in *RDSS*, n. 2, 347 ss.
- Ciulli I. (2017), *I diritti sociali condizionati di fronte alla Corte costituzionale*, in *RGL*, n. 3, I, 353 ss.

- De Ioanna P. (2015), *Tra diritto ed economia: la Corte costituzionale fissa alcuni punti fermi, ma riapre un nesso cruciale*, in RGL, n. 3, II, 353 ss.
- De Ioanna P. (2017), *Illegittimo il prelievo statale delle casse previdenziali private*, in RGL, n. 3, II, 497 ss.
- D'Onghia M. (2013), *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Bari.
- D'Onghia (2015a), *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 70/2015, passa dalle parole (i moniti) ai fatti*, in RDSS, n. 2, 319 ss.
- D'Onghia M. (2015b), *La Consulta ridà linfa all'effettività dei diritti previdenziali: la sent. n. 70/2015 in tema di perequazione automatica*, in RGL, n. 3, II, 371 ss.
- Faioli M. (2018), *Relazione a-technica tra articolo 38 Cost. e articolo 36 Cost. Pensioni, adeguamento automatico ed equilibrio di bilancio*, in *Federalismi.it*, 3, 2 ss.
- Foglia L. (2017), *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, in DML, n. 3, 557 ss.
- Garofalo D. (2015), *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70/2015 al d.l. n. 65 del 2015*, in LG, n. 7, 680 ss.
- Giubboni S. (2013), *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in RDSS, n. 3, 519 ss.
- Giubboni S. (2015), *Le pensioni nello Stato costituzionale*, in *Etica ed Economia*, n. 23, 1 ss.
- Giubboni S. (2017), *Struttura ed evoluzione del sistema previdenziale italiano: note di ricerca*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 329.
- Persiani M. (1960), *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova.
- Persiani M. (1996), *Razionalizzazione o riforma del sistema previdenziale*, in ADL, I, 53 ss.
- Persiani M. (2013), *Crisi economica e crisi del welfare*, in DLRI, 659 ss.
- Persiani M. (2015), *Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, in GI, 1186 ss.
- Persiani M. (2016), *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in ADL, n. 3, II, 552 ss.
- Persiani M. (2017), *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, in DLRI, 154 ss.
- Persiani M., D'Onghia M. (2016), *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Pessi R. (2016a), *Il principio di adeguatezza della prestazione previdenziale nella giurisprudenza costituzionale*, in GCost., 513 ss.
- Pessi R. (2016b), *Ripensando al salario previdenziale: la sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in MGL, n. 6, 400 ss.
- Pessi R. (2016c), *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova.
- Pessi R. (2016d), *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, in RDSS, 595 ss.
- Pessi R. (2016e), *Tornando sul welfare*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 311.
- Pessi R. (2017), *La dialettica tra solidarietà e corresponsività nella disciplina delle pensioni ai superstiti*, in GCost., n. 1, 163 ss.
- Prosperetti G. (2015), *Alla ricerca di una ratio del sistema pensionistico italiano*, in MGL, 419 ss.

- Sandulli P. (2015a), *Dal monito alla caducazione delle norme sul blocco della perequazione delle pensioni*, in *GI*, 559 ss.
- Sandulli P. (2015b), *La «telenovela» costituzionale della perequazione pensionistica (Corte Cost. n. 70/2015)*, in www.mefop.it.
- Sandulli P. (2015c), *L'adeguatezza delle prestazioni fra parametro retributivo e compatibilità economica*, in *RDSS*, 687 ss.
- Sandulli P. (2016a), *La Corte costituzionale orienta il legislatore delle pensioni. A proposito delle sentenze nn. 173 e 274/2016*, in *RDSS*, 685 ss.
- Sandulli P. (2016b), *Il contributo di solidarietà per il triennio 2014-2016 supera il vaglio della Corte costituzionale*, in <http://www.mefop.it>.
- Sandulli P. (2017), *Perequazione delle pensioni e legittimità costituzionale*, in www.mefop.it.
- Sgroi A. (2015), *La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte Costituzionale*, in Consultaonline.it.
- Sterpa A. (2015), *Una «lettura intergenerazionale» della sent. n. 70 del 2015*, in Federalismi.it, 10, 9 ss.
- Valenti V. (2008), *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale*, Giappichelli, Torino.

Laura Foglia
Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università della Campania «Luigi Vanvitelli»

I

[CORTE COSTITUZIONALE, 14.7.2017, n. 194](#) – Pres. Grossi, Est. Sciarra.

Indennità di disoccupazione – Indennità di disoccupazione agricola – Operai agricoli a tempo indeterminato – Esclusione dall'indennità – Art. 32, l. n. 264/1949 – Questione di costituzionalità – Infondatezza.

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32, c. 1, della l. 29.4.1949, n. 264 (Provvedimenti in materia di avviamento al lavoro e di assistenza dei lavoratori involontariamente disoccupati), potendo il lavoratore agricolo a tempo indeterminato ottenere l'indennità di disoccupazione agricola per l'anno «per il quale [essa] è richiesta» (nel caso del giudizio a quo, il 2013), dato che, pur in mancanza di contributi accreditati in tale anno, avendo lavorato per l'intero anno «precedente» (nel caso del giudizio a quo, il 2012), ha senz'altro conseguito, in tale solo anno, il necessario accreditato «complessivo» di almeno 102 contributi giornalieri. (1)

II

[CASSAZIONE, 24.11.2017, n. 28110, ord.](#) – Pres. Mammone, Est. Rivero, P.M. Servello (diff.) – M.M. e M.A. (avv.ti Assennato, Pucci) c. Inps (avv.ti De Rose, Triolo, Coretti).

Indennità di disoccupazione – Indennità di disoccupazione agricola – Operai a tempo indeterminato – Disparità di trattamento – Questione di costituzionalità.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 32, c. 1, lett. a, della l. 29.4.1949, n. 264, e dell'art. 1, c. 55, della l. 24.12.2007, n. 247, in relazione agli artt. 3 e 38 Cost., nella parte in cui escludono che venga corrisposto ai lavoratori agricoli a tempo indeterminato, in possesso dei requisiti assicurativi, il trattamento di disoccupazione ordinario riservato agli altri lavoratori a tempo indeterminato; e, in subordine, laddove le suddette norme non prevedano che si applichi ai medesimi lavoratori agricoli lo stesso trattamento protettivo previsto per i lavoratori agricoli a termine. (2)

(1-2) SUI TRATTAMENTI DI DISOCCUPAZIONE AGRICOLA
PER GLI OPERAI A TEMPO INDETERMINATO

1. — La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2017 merita di essere segnalata perché, in tema di disoccupazione agricola, introduce principi di tutela indennitaria anche per gli operai stabilmente occupati, finora esclusi dalla protezione, di fatto accordata ai soli stagionali come integrazione del loro reddito per le giornate non lavorate nell'annata agraria. La sentenza, infatti, apre un varco con una interpretazione ecumenica dell'art. 32 della legge n. 264 del 1949, in netta dissonanza rispetto alle chiusure della giurisprudenza di merito e dell'Inps.

Il caso riguardava un lavoratore agricolo assunto a tempo indeterminato e licenziato il 31.12.2012 con effetto dal 1.1.2013. In ragione di ciò aveva presentato domanda di indennità di disoccupazione ordinaria, il 7.1.2013, poi respinta avendo solo contribuzione agricola; successivamente aveva presentato altra domanda di indennità di disoccupazione agricola (DS) il 18.3.2013.

Il giudice di Potenza ha ritenuto non accoglibile anche la domanda di DS agricola nel presupposto che l'art. 32, l. n. 264/1949 (come modificato dall'art. 1, comma 1, d.P.R. n. 1049/1970) (1), contenesse due requisiti insormontabili:

1) Il requisito contributivo di 102 contributi giornalieri da rinvenire nel biennio, sia nel 2012 sia nel 2013 (con l'effetto di ritenere insussistente il requisito contributivo 2013 per assenza di contributi accreditati);

2) Il meccanismo di corresponsione «all'indietro» della indennità, calcolata sulla differenza tra giornate lavorate nel 2012 e giornate solari relative all'anno 2012 precedente il licenziamento; con l'effetto di ottenere un risultato pari a zero perché tutte le giornate 2012 erano state lavorate, dando una parità tra minuendo e sottraendo. In effetti, tradizionalmente la prestazione di disoccupazione agricola viene erogata, su domanda dell'interessato, l'anno successivo a quello di riferimento, sotto forma di consuntivo delle giornate di disoccupazione avute dal lavoratore, che percepisce così in un'unica soluzione le indennità relative alle giornate non lavorate l'anno precedente, a prescindere dalla permanenza o meno del suo stato di disoccupazione. Non è così negli altri settori produttivi, dove per i soggetti interessati, oltre al possesso di requisiti

(1) Il testo della norma è del seguente tenore: «L'obbligo dell'assicurazione contro la disoccupazione è esteso: a) ai lavoratori agricoli che prestano la loro opera retribuita alle altrui dipendenze, limitatamente alle categorie dei salariati fissi e assimilati, obbligati e braccianti fissi, giornalieri di campagna, piccoli coloni e compartecipanti familiari e individuali, anche se in via sussidiaria esercitano un'attività agricola in proprio; agli stessi spetta l'indennità di disoccupazione qualora risultino iscritti negli elenchi di cui all'articolo 12 del regio decreto 24 settembre 1940, n. 1949, e successive modificazioni, per almeno un anno, oltre che per quello per il quale è richiesta l'indennità, e abbiano conseguito nell'anno per il quale è richiesta l'indennità e nell'anno precedente un accredito complessivo di almeno 102 contributi giornalieri. La durata della corresponsione dell'indennità di disoccupazione è pari, per i lavoratori agricoli predetti, alla differenza tra il numero di 270 e il numero delle giornate di effettiva occupazione prestate nell'anno comprese quelle per attività agricole in proprio o coperte da indennità di malattie, infortunio, maternità, e sino a un massimo di 180 giornate annue; b) agli impiegati, anche delle pubbliche amministrazioni, cui non sia garantita la stabilità di impiego, senza limite di retribuzione».

più onerosi (insieme ai 2 anni di anzianità assicurativa si richiedono 360 giorni di anzianità contributiva contro i 102 sufficienti in agricoltura), si chiede la permanenza dello stato di disoccupazione, pena la perdita della prestazione. Questa specialità del settore agricolo è tuttavia giustificata dalle caratteristiche occupazionali proprie del settore, che sono di tipo «intermittente»: a periodi di occupazione seguono periodi di disoccupazione, per riprendere a lavorare e interrompere nuovamente secondo fasi determinate dalle colture praticate e dalle condizioni meteorologiche.

La sentenza n. 194/17 ha invece chiarito che, sul primo punto, il requisito contributivo non deve necessariamente essere rinvenuto nel biennio, ben potendo le 102 giornate accreditate essere relative a un solo anno nell'ambito del biennio.

Sul punto successivo, relativo alla possibilità di individuare le giornate indennizzabili, la sentenza di luglio invita a una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 32, c. 7, compatibile con la lettera della norma; il disposto è infatti del seguente tenore (vd. punto 3, in diritto, *terz'ultimo cpv.*): «Attribuendo all'art. 32, primo comma, della legge n. 264 del 1949 il corretto significato ora prospettato, deve in effetti escludersi che la disciplina dell'indennità di disoccupazione da esso dettata per i lavoratori agricoli a tempo indeterminato si traduca in un trattamento incongruo per questi ultimi, tale da privarli, “nelle ipotesi in cui la cessazione involontaria del loro rapporto di lavoro intervenga a ridosso della conclusione dell'anno di riferimento”, del diritto al sostegno previdenziale, e che essa, per tale privazione, discrimini i detti lavoratori agricoli rispetto alla generalità degli altri lavoratori a tempo indeterminato. In situazioni analoghe a quella oggetto del giudizio *a quo* – che sono all'origine del dubbio di legittimità costituzionale del rimettente –, il lavoratore agricolo a tempo indeterminato potrà infatti ottenere l'indennità di disoccupazione agricola per l'anno “per il quale [essa] è richiesta” (nel caso del giudizio *a quo*, il 2013), dato che, pur in mancanza di contributi accreditati in tale anno, avendo lavorato per l'intero anno “precedente” (nel caso del giudizio *a quo*, il 2012), ha senz'altro conseguito, in tale solo anno, il necessario accredito “complessivo” di almeno 102 contributi giornalieri».

Dal tenore testuale della norma, come riletta dalla Corte costituzionale, emerge dunque che la locuzione «nell'anno per il quale è richiesta l'indennità» va riferita, nel caso all'esame della Corte, al 2013 e non più al 2012.

La sentenza, infatti, chiarisce che il lavoratore agricolo a tempo indeterminato potrà ottenere l'indennità di disoccupazione agricola per l'anno per il quale (essa) è richiesta (nel caso del giudizio, quindi, il 2013), dato che pur in mancanza di contributi accreditati in tale anno, avendo lavorato per l'intero anno «precedente» (nel caso del giudizio, il 2012), ha senz'altro confermato in tale anno il necessario accredito complessivo di almeno 102 contributi giornalieri.

Se così non fosse – ma il testo letterale della norma consente l'interpretazione fatta propria in sentenza –, si negherebbe ogni tutela contro la disoccupazione per tutti i lavoratori agricoli a tempo indeterminato licenziati a fine anno, con una rottura frontale della tutela prevista dall'art. 38 della Costituzione. Risultato, questo, che sarebbe certamente inammissibile sul piano dell'ordinamento costituzionale.

C'è un'ulteriore questione, peraltro, che viene solo sfiorata nel giudizio costituzionale e che attiene all'ulteriore requisito richiesto dalla legge per integrare il diritto alla disoccupazione agricola: l'iscrizione negli elenchi anagrafici. Tale requisito viene pacificamente ignorato dall'Inps in presenza di operai agricoli a tempo indeterminato. La

ragione risiede nel fatto che dal 1° gennaio 1994, come previsto dall'art. 13 del decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 375, è cessata per gli operai agricoli a tempo indeterminato la compilazione degli elenchi nominativi di cui all'art. 12 del regio decreto 24 settembre 1940, n. 1949, e successive modificazioni e integrazioni. Da questa data, dunque, non si possono più considerare «iscritti» negli elenchi nominativi gli operai a tempo indeterminato. Eppure l'iscrizione negli elenchi anagrafici nell'anno in cui si chiede la prestazione era e resta tutt'ora un requisito essenziale per completare il diritto alla DS agricola (cfr. nota 1, testo dell'art. 32, l. n. 264/49) per i lavoratori del settore a tempo determinato e a tempo indeterminato.

La Corte costituzionale, quindi, non pone in particolare rilievo questa «mancanza» proprio perché ritiene e ammette che per i lavoratori agricoli a tempo indeterminato debba essere data un'interpretazione della norma diversa da quella fornita in modo pedissequo dall'istituto previdenziale, al punto da ritenere indennizzabile l'anno successivo a quello in cui si svolge l'attività lavorativa che è privo, totalmente, di giornate lavorate.

Sotto il profilo pratico, per il *quantum* la sentenza consente una prestazione calcolata secondo i criteri previsti dall'art. 32 citato, pari alla differenza tra il numero di 270 (dalla legge n. 160/88 elevato a 365) e il numero di giornate di occupazione prestate nell'anno di competenza (e cioè, secondo la nuova lettura, il 2013 in quanto «anno successivo a quello in cui si è verificato l'evento della cessazione del rapporto di lavoro»: cit. dal penultimo cpv. della sentenza); esso è nella specie pari a zero, dando come risultato finale 365 giornate astrattamente indennizzabili, poi ridotte a 180 in ragione del massimale previsto dal medesimo art. 32.

2. — All'opposto, l'Inps, con messaggio n. 3180 del 1.8.2017, smentisce la Corte: «si precisa infine che nel caso di un lavoratore agricolo con qualifica di operaio a tempo indeterminato (Oti), che sia stato licenziato il 31 dicembre dell'anno di competenza della prestazione e abbia svolto attività lavorativa per l'intero anno, non può essere erogata alcuna indennità di disoccupazione agricola in quanto – secondo la legislazione che regola la prestazione di disoccupazione nel settore agricolo – non residuano giornate indennizzabili (circolare Inps n. 139 del 20 giugno 1988 esplicativa dell'art. 7, c. 4, del d.l. 21 marzo 1988, n. 86, convertito con modificazioni dalla legge 20 maggio 1988, n. 160). Il lavoratore in questione potrebbe accedere all'indennità di disoccupazione Naspi qualora nel quadriennio o negli ultimi dodici mesi precedenti la cessazione del rapporto di lavoro possa fare valere contribuzione prevalente nel settore non agricolo».

3. — La Cassazione, con la sentenza in epigrafe, affronta nuovamente la vicenda, smentisce l'Inps e convalida il tenore della sentenza della Corte costituzionale, ivi compreso il criterio di calcolo sopra indicato: «Non è esatto quindi che la Corte costituzionale abbia negato l'indennità di disoccupazione agricola ai lavoratori agricoli a tempo indeterminato licenziati il 31 dicembre, come afferma l'Inps in questo giudizio (richiamando quanto sostenuto nel messaggio n. 3180 del 1.8.2017). Al contrario, l'indennità di disoccupazione spetta perché la sentenza n. 194/2017 ha correttamente individuato il meccanismo di computo del requisito contributivo e ha poi aggiunto che “in situazioni analoghe a quella del giudizio *a quo* – che sono all'origine del dubbio di legittimità».

timità costituzionale del rimettente – il lavoratore agricolo potrà infatti ottenere l'indennità di disoccupazione agricola per l'anno per il quale [essa] è richiesta...».

Il giudice dunque rafforza il principio affermato dalla Corte costituzionale sconfessando l'interpretazione che ne aveva dato l'istituto previdenziale e va oltre, ponendosi la domanda su come rendere non sperequata la tutela riconosciuta. Afferma infatti la Cassazione: «La questione che viene qui in rilievo è quindi diversa; perché non riguarda il computo del requisito contributivo (pacificamente sussistente e non contestato in capo ai ricorrenti). Si tratta invece di garantire in concreto l'individuazione e l'erogazione di un trattamento protettivo per chi ha lavorato, nel 2008 fino alla fine dell'anno e comunque oltre le 270 giornate all'anno (limite non valevole per i lavoratori a tempo determinato)».

La Corte, cioè, osserva che gli operai a tempo determinato, a parità di lavoro nell'anno, godono di una tutela previdenziale più vasta rispetto agli stessi lavoratori a tempo indeterminato.

Essa cioè si riferisce alla norma introdotta dall'art. 1, comma 55, della legge n. 247/2007, che ha profondamente modificato la tutela della disoccupazione agricola per i soli operai a tempo determinato e figure equiparate (piccoli coloni, compartecipanti familiari), escludendo dalle modifiche la disoccupazione prevista per gli operai agricoli a tempo indeterminato.

Nello schema seguente ricordiamo le principali differenze nella tutela per la disoccupazione tra operai agricoli a tempo indeterminato e operai a tempo determinato dopo la legge n. 247/2007.

OTI	OTD
Misura della prestazione pari al 30% del salario medio giornaliero; limite massimo gg indennizzabili 180; dal 1988 viene utilizzato il parametro 365/366 per il conteggio delle giornate indennizzabili ma resta il limite di 180 per le giornate indennizzate a titolo di disoccupazione (circolare Inps n. 139/88).	Misura della prestazione pari al 40% della retribuzione media giornaliera; limite massimo gg indennizzabili 365 o 366 se anno bisestile - Vengono indennizzate, cioè, tante giornate quante sono quelle lavorate nel limite della capienza annua (parametro 365 o 366) - Viene rimosso il limite di 180.

La Cassazione, quindi, aggiungendo ulteriori argomentazioni a quelle già esaminate, sembra suggerire alla Corte costituzionale la strada per completare il percorso intrapreso. Dopo aver riconosciuto che spetta un trattamento per l'anno per il quale è richiesta la prestazione (l'anno di competenza è quindi successivo alla prestazione lavorativa), individua le modalità con cui dovrebbe essere riconosciuto il *quantum*: devono essere indennizzate, cioè, tante giornate quante sono quelle lavorate, nella stessa misura riconosciuta agli operai a tempo determinato e nello stesso limite annuo (365/366) previa equiparazione al 40% del relativo trattamento con l'eliminazione del limite massimo delle 180 giornate indennizzabili. Di qui il rinvio alla Corte costituzionale.

Così facendo dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 32, c. 1, lett. a, della legge n. 264/49 e (come argomento aggiunto dalla stessa Cassazione) dell'art. 1, comma 55, della legge n. 247/2007 in rela-

zione agli artt. 3 e 38 della Costituzione nella parte in cui escludono la perequazione degli operai agricoli a tempo indeterminato licenziati il 31 dicembre dell'anno rispetto agli operai a tempo determinato.

Riferimenti bibliografici

- Avio A. (2013), *La disoccupazione dei lavoratori agricoli*, in Cinelli M. *et al.* (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 470 ss.
- Lagala C. (2008), *La riforma della previdenza agricola dei lavoratori dipendenti*, in Magnani M. *et al.* (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività*, Giappichelli, Torino.

Amos Andreoni
*Avvocato in Roma; già professore di Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*
Francesco Baldassari
Responsabile Ufficio legale Inca nazionale

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

ATTIVITÀ SINDACALE

Diritti sindacali – Permessi sindacali – Art. 23 St. lav. – Art. 30 St. lav. –
Natura – Diritto potestativo – Finalità – Facoltà di controllo difensivo –
Art. 4 St. lav. – Art. 8 St. lav. – Agenzia investigativa – Legittimità. 223

CONTRATTO COLLETTIVO

Contratto collettivo aziendale – Efficacia soggettiva – Estensione ai lavoratori non iscritti al sindacato stipulante – Sussiste – Dissenso individuale – Non rileva – Successione contratti collettivi nel tempo – Contratto aziendale peggiorativo successivo – Legittimità – Diritti del personale – Mantenimento condizioni – Fattispecie – Non sussiste. 167

CONTRIBUZIONE PREVIDENZIALE

Lavoro a tempo parziale – Indennità di disoccupazione – Discriminazioni – Parità di trattamento – Pensione di vecchiaia e anzianità Inps. 233

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Licenziamento disciplinare – Impugnazione – Insussistenza del fatto materiale – Onere della prova (d.lgs. 4.3.2015, n. 23, art. 3; l. 28.6.2012, n. 92, art. 1). 210

Rito Fornero – Domande diverse – Appalto irregolare – Imputazione del rapporto – Qualificazione del rapporto – Ammissibilità. 193

COOPERATIVE DI LAVORO

Licenziamento individuale – Omessa impugnazione della delibera di esclusione dalla compagine sociale – Tutela risarcitoria. 141

Periodo di comporto – Ccnl inderogabile *in peius* – Esclusione del socio lavoratore. 188

DILIGENZA

Art. 2104 c.c. – Prestazione di lavoro – Comportamenti accessori e strumentali – Orario di lavoro – Limiti. 162

FEDELTA'

Art. 2105 c.c. – Sottrazione di dati aziendali – Illegittimità – Irrilevanza della sussistenza di un danno attuale per l'impresa – Legittimità del licenziamento. 157

INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE

Indennità di disoccupazione agricola – Operai a tempo indeterminato – Disparità di trattamento – Questione di costituzionalità. 258

Indennità di disoccupazione agricola – Operai agricoli a tempo indeterminato – Esclusione dall'indennità – Art. 32, l. n. 264/1949 – Questione di costituzionalità – Infondatezza. 258

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Licenziamento disciplinare – Congedo straordinario *ex* l. n. 104/1992 per assistenza a persona affetta da handicap grave – Mancato rispetto della assistenza continuativa e permanente al disabile – Necessità di assistenza notturna – Fatto insussistente – Qualificazione di illecito – Irrilevanza disciplinare della condotta – Fatto privo del requisito dell'antigiuridicità – Illegittimità del recesso – Reintegra. 135

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Art. 1345 c.c. – Illiceità del motivo – Art. 1343 c.c. – Illiceità della causa – Nullità – Sussiste. 183

Omessa affissione del codice disciplinare – Irrilevanza per mancanze afferenti al cd. «minimo etico» – Vizio procedurale per inadempienze correlate a previsioni pattizie – Sanzione meramente indennitaria. 178

PENSIONE

Blocco della rivalutazione automatica delle pensioni *ex* art. 24, commi 25 e 25-*bis*, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in legge con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2011, n. 214, come modificato dall'art. 1, comma 1, n. 1, del d.l. 21 maggio 2015, n. 65, conv. in legge n. 109/2015 – Ritenuta illegittimità della norma – Esclusione – Conseguente infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma censurata. 245

POTERE DIRETTIVO

Diritto di critica – Limiti – Potere disciplinare del dirigente pubblico – Non rileva. 152

RAPPRESENTANZE SINDACALI AZIENDALI

Attività sindacale – Contratto collettivo nazionale di lavoro – Sottoscrizione per adesione – Requisiti – Assenza – Condotta antisindacale – Esclusione. 228

RINUNZIE E TRANSAZIONI

Appalto – Interposizione di manodopera – Illiceità del contratto di appalto – Art. 1972 c.c. – Nullità della transazione – Rapporto di lavoro con il committente – Costituzione. 198

SICUREZZA SUL LAVORO

Violenza sessuale – Illecito perpetrato da lavoratore subordinato ai danni di una collega a lui sottoposta – Mancata adozione da parte del datore di lavoro di misure idonee a proteggere la vittima del reato – Art. 2087 c.c. – Violazione dell'obbligo di protezione e prevenzione – Responsabilità contrattuale del datore di lavoro – Sussistenza – Mansioni svolte dall'autore dell'illecito – Rapporto di occasionalità necessaria con la commissione del fatto lesivo – Ricorrenza – Art. 2049 c.c. – Responsabilità oggettiva del datore di lavoro – Sussistenza – Danno non patrimoniale – Risarcibilità. 172

