Wolters Kluwer

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

IPSOA

DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO

2023

18

40ANNI

TEMPI DI RIPOSO E "DECRETO TRASPARENZA"
Orario di lavoro e cumulo di rapporti

PREVIDENZA E ASSISTENZA
Assicurazione Inail dei lavoratori dello spettacolo

CONTENZIOSO DEL LAVORO
Licenziamento per GMO: evoluzione delle tutele

CASSAZIONE PENALE
Appalti intra-aziendali: obblighi informativi

PERCORSI DI MAGGIO

ORGANIZZAZIONE DEL LAVORO E FLESSIBILITÀ
F. Rotondi e P. Speziale

IN QUESTO NUMERO

Mobilità endo-aziendale
Mutamento di mansioni e modifica degli assetti organizzativi

Worklife balance
Dal lavoro agile al lavoro ibrido: modelli e procedure

Codatorialità
Distacco e trasferta nei contratti di rete e nei gruppi d'impresa

Riduzione orario di lavoro
Nuovo patto di fiducia fra azienda e dipendenti

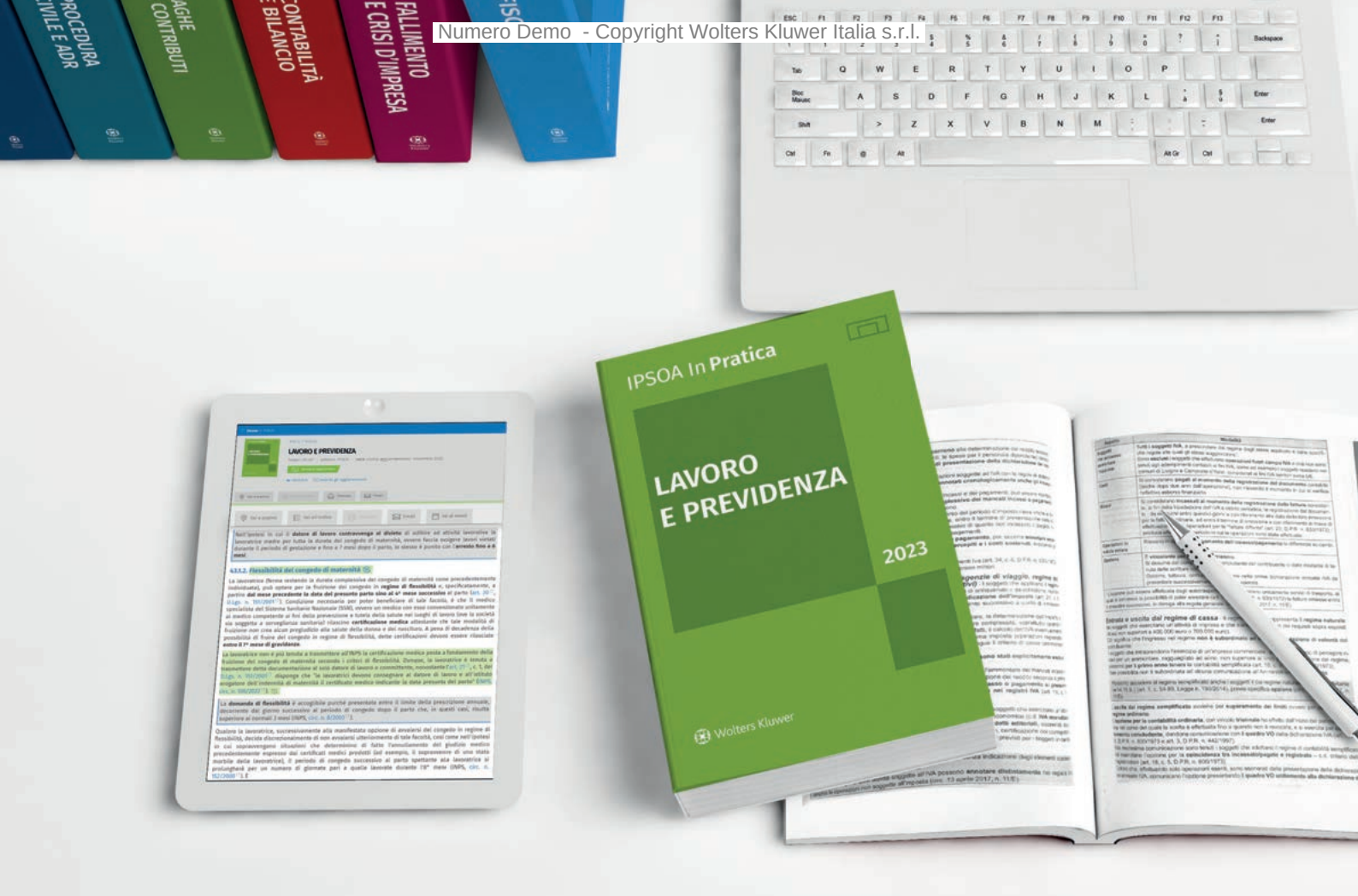
ISSN 1591-2132 - Anno XL, 6 maggio 2023, n. 18 - Direzione e Redazione: Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, Italia
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/20 03 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

00260988
5 000002 609886

ON-LINE
www.edicolaprofessionale.com

Wolters Kluwer

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



IPSOA In **Pratica**

Risposte chiare, autorevoli e sempre aggiornate

Lavoro e Previdenza

2023

CARTA + DIGITALE

Scegli la formula "sempre aggiornati" **CARTA+DIGITALE**: la soluzione ideale per rimanere costantemente aggiornati e godere di un testo sempre nuovo, grazie all'azione combinata dei due supporti:

- CARTA: analizza il rapporto di lavoro in tutte le sue fasi, dalla costituzione, allo svolgimento, all'estinzione con attenzione a contenzioso, aspetti sanzionatori e adempimenti per la gestione del personale.

- DIGITALE: segue tutte le prossime novità in materia di diritto del lavoro: dal Decreto lavoro 2023 alle ultime circolari INPS, INL.

Y3 4 0 N C L

Wolters Kluwer

info.wolterskluwer.it/IPSOA-In-Pratica

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sommario

Percorsi

Organizzazione del lavoro e flessibilità

Mutamento di mansioni e modifica degli assetti organizzativi
Francesco Rotondi e Pietro Speziale **1089**

Approfondimenti

Orario di lavoro e cumulo di rapporti
Matteo Manuali e Andrea Seppoloni **1095**

Assicurazione Inail dei lavoratori dello spettacolo
Ernesto Murolo **1109**

Licenziamento per GMO: evoluzione delle tutele
Stefano Canali De Rossi **1117**

Fondi pensione

Valenza della informativa periodica annuale nella pianificazione previdenziale
Giuseppe Rocco **1126**

Giurisprudenza

Corte costituzionale

Proposizione della domanda cautelare al giudice della causa pendente per il merito
Sentenza 10 febbraio 2023 (depositata il 30 marzo 2031), n. 54 **1131**

Rassegna della Cassazione penale (a cura di Raffaele Guariniello)

Assoluzione delle persone fisiche e condanna dell'impresa
Cass. pen., sez. IV, 10 marzo 2023 (c.c. 10 febbraio 2023), n. 10143 **1139**

Costituzione di parte civile dell'Anmil
Cass. pen., sez. IV, 13 marzo 2023 (u.p. 7 febbraio 2023), n. 10309 **1139**

Omessa denuncia obbligatoria e dolo specifico
Cass. pen., sez. III, 23 marzo 2023 (u.p. 16 febbraio 2023), n. 12155 **1140**

Nei numeri di maggio

Organizzazione del lavoro e flessibilità

di F. Rotondi e P. Speziale

n. 18 6 maggio 2023	***Mobilità endo-aziendale*** Mutamento di mansioni e modifica degli assetti organizzativi
n. 19 13 maggio 2023	***Worklife balance*** Dal lavoro agile al lavoro ibrido: modelli e procedure
n. 20 20 maggio 2023	***Codatorialità*** Distacco e trasferta nei contratti di rete e nei gruppi d'impresa
n. 21 27 maggio 2023	***Riduzione orario di lavoro*** Nuovo patto di fiducia fra azienda e dipendenti

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sommario

Critiche del dipendente in forma di satira
Cass. pen., sez. V, 24 marzo 2023 (u.p. 25 gennaio 2023), n. 12520 **1142**

Appalti intra-aziendali: obblighi informativi dell'appaltatore
Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2023 (u.p. 7 marzo 2023), n. 13291 **1142**

Rassegna della Cassazione (a cura di Carlo Alberto Giovanardi, Guerino Guarnieri, Giuseppe Ludovico, Giorgio Treglia)

Reintegrazione dipendente pubblico: efficacia esecutiva della sentenza
Cass., sez. lav., 17 dicembre 2022, n. 37040 **1145**

Soci lavoratori di cooperativa e Fondo di garanzia Inps
Cass., sez. lav., 20 dicembre 2022, n. 37246 **1146**

Sospensione unilaterale del rapporto di lavoro: diritto alla retribuzione
Cass., sez. lav., 23 dicembre 2022, n. 37716, ord. **1147**

Fondo di garanzia e cessione di ramo dell'azienda fallita
Cass., sez. lav., 27 dicembre 2022, n. 37789 **1147**

Licenziamento: impugnazione e eccezione di "aliunde perceptum"
Cass., sez. lav., 28 dicembre 2022, n. 37946 **1149**

Si segnala che le opinioni espresse da dirigenti e funzionari pubblici non sono vincolanti per le Amministrazioni di appartenenza.

DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO

SETTIMANALE DI AMMINISTRAZIONE, GESTIONE DEL PERSONALE, RELAZIONI INDUSTRIALI E CONSULENZA DEL LAVORO

EDITRICE
Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, Italia

INDIRIZZO INTERNET:
Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione on line della Rivista, consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com

DIRETTORE RESPONSABILE
Giulietta Lemmi

COORDINATORE EDITORIALE
Pierluigi Rausei

COMITATO SCIENTIFICO
Enrico Barraco, Alfredo Casotti, Maria Rosa Gheido, Eufranio Massi, Michele Miscione, Pierluigi Rausei, Francesco Rotondi, Gianluca Spolverato

REDAZIONE
Paola Boniardi, Federica Calcagno, Claudia Faravelli

REALIZZAZIONE GRAFICA a cura di:
Ipsoa - Gruppo Wolters Kluwer

FOTOCOMPOSIZIONE
Sinergie Grafiche Srl
Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)
Tel. 02/57789422

STAMPA
L.E.G.O. S.p.A.
Viale dell'Industria, 2 - 36100 Vicenza

PUBBLICITÀ:
Wolters Kluwer
E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano, Italia

REDAZIONE
Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:
IPSOA Redazione DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO
Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono 02.82476.550
telefax 02.82476.436

AMMINISTRAZIONE
Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc. scrivere o telefonare a:
IPSOA Servizio Clienti
Casella postale 12055 – 20120 Milano
telefono 02.824761 – telefax 02.82476.799
Servizio risposta automatica:
telefono 02.82476.999

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 578 del 24 dicembre 1983
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa – Spedizione in abbonamento Postate – D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI
Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 90 gg. prima della data di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, Italia.
Servizio clienti: tel. 02 824761 – e-mail: servizio.clienti@ipsoa.it – www.ipsoa.it/servizioclienti

ITALIA – Abbonamento annuale: Euro 395,00

ESTERO – Abbonamento annuale: Euro 790,00

Prezzo copia: Euro 18,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

A decorrere dal 1° gennaio 2002, a seguito dell'introduzione dell'Euro nell'ordinamento nazionale per effetto del D.Lgs. 24 giugno 1998, n. 213, tutti gli importi espressi in lire nelle vigenti disposizioni normative si intendono espressi in Euro, secondo il tasso di conversione ufficiale (1 EURO = Lire 1936,27).
Il provvedimento n. 213/98 disciplina inoltre le regole di arrotondamento secondo la natura degli importi da convertire.

DISTRIBUZIONE
Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. – Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 – 20142 Milano (MI).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Mobilità endo-aziendale

Mutamento di mansioni e modifica degli assetti organizzativi

Francesco Rotondi e Pietro Speziale - LabLaw Studio legale Rotondi & Partners

Con il presente contributo si intende portare la riflessione del lettore sulle modifiche introdotte ormai otto anni orsono alla disciplina dell'**art. 2103** del **Codice civile**. In particolare, si analizza, anche alla luce della giurisprudenza e delle diverse voci della Dottrina, il ripensamento complessivo e profondo della disciplina dello *ius variandi* del datore di lavoro operato dal *Jobs Act*, nonché la *ratio* ad essa sottostante senza tacere delle **opportunità** e delle **criticità** che il testo della norma ha portato alla luce.

Che si tratti di un "***cambio di passo***" di grande portata, almeno nelle intenzioni, lo si ricava già dalla rubrica dell'articolo in commento che cambia da «*mansioni del lavoratore*» in «*prestazione del lavoro*».

Appare sin da subito evidente lo spostamento del baricentro degli **interessi tutelati** che si muove dalla tutela del lavoratore e della professionalità acquisita ad una regolamentazione del rapporto di lavoro maggiormente improntata ad una **logica di tipo economico**, favorendo l'adeguamento del profilo professionale del lavoratore alle mutevoli esigenze di *business* del proprio datore di lavoro.

In questo senso in Dottrina è stato affermato che il Legislatore ha scelto di «modificare la disciplina del mutamento di mansioni nel senso di rafforzare le esigenze dell'organizzazione del lavoro e del datore e per converso ridurre le protezioni tradizionali del lavoratore. Nella nuova disciplina si ravvisa una **maggiore valorizzazione** dell'**iniziativa economica**, dell'attività imprenditoriale come organizzazione dei mezzi di produzione e dei **correlati poteri del datore di lavoro**». (1)

Per comprendere meglio il cambiamento e la sua portata applicativa il contributo muoverà dalla sommaria analisi del dato normativo precedente per poi dare conto degli aspetti salienti della novella.

Rigidità della precedente formulazione normativa

Il punto centrale della disciplina di cui all'**art. 2103 c.c.** nella sua **formulazione originaria** era rappresentato dal diritto del lavoratore di svolgere le mansioni per le quali era stato assunto ovvero quelle successivamente acquisite con conseguente divieto assoluto di adibire il lavoratore a mansioni inferiori, limitandosi lo *ius variandi* a quelle «equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione».

Il maggiore problema applicativo nel tempo è stato senza dubbio rappresentato dalla individuazione delle «**mansioni equivalenti**».

La **giurisprudenza** sul punto ha perfino rafforzato le tutele per il lavoratore passando da una iniziale **interpretazione** "**statica**" del concetto di "equivalenza" (in cui veniva considerava solo la professionalità acquisita dal lavoratore), ad una "**dinamica**" dello stesso, di modo da prendere in considerazione anche lo sviluppo della professionalità del lavoratore; si è così affermato «che la equivalenza (…) deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento del

(1) L. Ferluga, *Le modifiche unilaterali* in peius *della disciplina delle mansioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 1, pag. 26.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

patrimonio professionale dal lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto». (2)

Dottrina e giurisprudenza avevano prevalentemente collegato la nozione di equivalenza a **parametri qualitativi** (intrinseci alla prestazione svolta) piuttosto che a parametri, per così dire quantitativi riferiti al dato formale della classificazione operata dalla contrattazione collettiva. (3)

Da ciò derivava che l'art. 2103 c.c. poneva un doppio limite alla gestione della prestazione lavorativa da parte del datore di lavoro: ***i)*** per un verso rappresentato dall'assegnazione del dipendente a «mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte»; ***ii)*** per altro verso sul piano della irriducibilità della retribuzione.

Rispetto al principio generale, anche nel vigore della precedente disciplina, non erano sconosciute all'Ordinamento alcune deroghe sia sul piano giurisprudenziale (richiesta del lavoratore o tutela del posto di lavoro) (4) che su quello normativo. Al tal proposito si pensi: ***a)*** all'art. 3, comma 4, legge n. 1204/1971 le cui disposizioni sono poi confluite D.Lgs. n. 151/2001, artt. 7, 11 e 12 in materia di tutela della lavoratrice madre; ma anche la previsione contenuta nell'art. 56, commi 1 e 2, del medesimo D.Lgs. n. 151/2001 che pone, invece, una limitazione specifica al potere unilaterale del datore di lavoro nelle ipotesi di rientro al lavoro dopo la maternità; ***b)*** all'art. 4, legge n. 91/1981, in materia di lavoro subordinato sportivo; ***c)*** all'art. 4, comma 11, legge n. 223/1991, in materia di ricollocazione dei lavoratori in mobilità; ***d)*** all'art. 8, comma 2, D.Lgs. n. 277/1991 in materia di tutela del lavoratore che per motivi sanitari deve essere allontanato dall'esposizione ad agenti fisici, chimici e biologici. Ipotesi poi confluita dapprima nel D.Lgs. n. 626/1994 e successivamente, in modo nuovo, nell'art. 42 del D.Lgs. n. 81/2008 in materia di sorveglianza sanitaria; ***e)*** all'art. 1, comma 7, della legge n. 68/1999 in collegamento con le disposizioni dell'art. 10 della medesima legge per i lavoratori portatori di handicap nelle ipotesi di riduzione della capacità lavorativa in costanza di rapporto di lavoro; ***f)*** all'art. 52, D.Lgs. n. 165/2001 in materia di "privatizzazione" del pubblico impiego; ***g)*** all'art. 15 del D.Lgs. n. 66/2003 in materia di lavoro notturno, il quale prevede il trasferimento al lavoro diurno in caso di sopravvenuta inidoneità da parte del lavoratore a svolgere il lavoro in orario notturno; ***h)*** all'art. 8 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011, n. 148 in materia di "contratti di prossimità" che consente alla contrattazione collettiva di livello decentrato di intervenire anche in tema di mansioni e inquadramento contrattuale, anche in deroga alla legge e alla contrattazione collettiva ma entro i limiti - anche di oggetto - individuati dalla norma; ***i)*** in fase di costituzione del rapporto si pensi al contratto di apprendistato.

La norma si concludeva sancendo la nullità di ogni patto contrario.

Superamento del concetto di equivalenza: nuovo quadro normativo

Con la **modifica** dell'**art. 2103 c.c.** ad opera dell'art. 3 D.Lgs. n. 81/2015 la disciplina delle mansioni è profondamente mutata.

Dalla lettura del nuovo testo si ricava che l'esercizio dello *ius variandi* può oggi avvenire con riferimento non solo alle mansioni per le quali il dipendente è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore successivamente acquisito, ma anche con riferimento «a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte» (art. 2103, comma 1, c.c.).

(2) Cass. civ., S.U., 24 novembre 2006, n. 25033, in *Giust. civ. Mass;* vedi anche *ex multis* Cass. civ., sez. lav., 4 marzo 2014, n. 4989, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass. civ., sez. lav., 11 settembre 2013, n. 20829, in *Dir. prat. lav.*, 2014, 8, pag. 479; Cass. civ., sez. lav., 8 ottobre 2007, n. 21025, in *Guida dir.*, 2007, 46, pag. 76; Cass. civ., sez. lav., 2 maggio 2006, n. 10091, in *Guida lav.,* 2006, 32/33, 34; Cass. civ., sez. lav., 12 aprile 2005, n. 7453, in *Mass. giur. lav.,* 2005, pagg. 430 ss. con nota di De Marco; Cass. 11 aprile 2005, n. 7351, in *Dir. prat. lav.*, 2008, 24, pag. 1422; Cass. civ., sez. lav., 30 luglio 2004, n. 14666, in *Lav. giur.*, 2005, 1, pag. 63; Cass. civ., sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5651, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3; Cass. 4 ottobre 1995, n. 1045, in *Or. giur. lav.*, 1996, pag. 85.

(3) S. Ciucciovino, *Mansioni, Qualifiche e ius variandi,* in Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, 2014.

(4) Cfr. sul punto Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, interpello 21 settembre 2011, n. 39; Cass. civ., sez. lav., 1° luglio 2011, n. 14517, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer; Cass. civ., sez. lav., 8 agosto 2011, n. 17095, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 16, pag. 1074.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il **cambio di prospettiva** appare evidente nella misura in cui il Legislatore, oggetto anche di diverse voci critiche, ha intesto superare il concetto di equivalenza a favore di un'**impostazione legata al dato contrattuale collettivo**, ciò al fine di superare le incertezze applicative di fonte giurisprudenziale legate al concetto di equivalenza.
Il Legislatore ha, nei fatti, trasformato la mobilità orizzontale in una «operazione meccanica» perché «pone a raffronto le **mansioni da ultimo svolte** dal lavoratore **con quella che la contrattazione collettiva ha "predeterminato" all'interno di ciascun livello e della categoria legale**». (5)
La domanda posta dagli interpreti è se la modifica della norma nel senso anzidetto abbia la capacità di tutelare la professionalità del lavoratore nella sua dimensione dinamica come avveniva in precedenza attraverso il richiamo al concetto di equivalenza nell'accezione accolta dalla giurisprudenza maggioritaria.
In questo contesto in **Dottrina** si sono fronteggiate **diverse posizioni** circa la sussistenza, nell'attuale assetto normativo, di un valore del concetto di professionalità a prescindere dal dato oggettivo dell'inquadramento.
Un primo orientamento ritiene che non vi sia più alcuno spazio per la valutazione soggettiva della professionalità avendo la norma inteso radicare la **legittimità** dello ***ius variandi*** alla sola verifica formale del **medesimo inquadramento contrattuale**. (6)
Secondo una diversa prospettazione l'equivalenza delle mansioni, alla luce della riforma, avrebbe una portata diversa rispetto al passato: sarebbe legittimo «un mutamento di mansioni anche nel caso in cui l'inquadramento in un nuovo livello comporti l'**adibizione** del lavoratore **a mansioni promiscue o del tutto diverse**, **sempre che** i nuovo compi assegnatigli **non** finiscano per **vanificare la professionalità** con la perdita di conoscenze e delle esperienze tutte acquisite nel tempo». (7)
Un terzo orientamento tende a ridimensionare la portata innovativa della riforma laddove si sostiene che «se le nuove mansioni di adibizione **rispettano** il **livello d'inquadramento pregresso ma non** rispettano la **professionalità del lavoratore** (il c.d. "*saper fare acquisito*") sorge un **problema di costituzionalità**» nella misura in cui «la professionalità del dipendente è protetta dalle norme costituzionali che si riferiscono alla dignità del lavoratore (artt. 2, 3, 35, 41, Cost)». (8)
Rispetto a queste diverse impostazioni, la **giurisprudenza di merito** si è collocata nell'alveo di una un'**interpretazione strettamente aderente al testo della norma** (9) collocandosi, quindi, nel solco della prima opzione interpretativa.
La riforma si è spinta oltre: oggi è, infatti, consentito mutare le mansioni del personale dipendente nell'ambito dello stesso livello e categoria legale di inquadramento (***ius variandi* orizzontale**), a condizione che venga assolto l'**obbligo formativo** da parte del datore previsto al comma 3 dell'art. 2103 c.c., opportuno solo quando «necessario» e la cui mancanza «non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni».
Sul tema dell'obbligo formativo si innestano una serie di valutazioni che impattano sull'estensione dell'obbligo di *repêchage* di cui si tratterà di qui a breve.

Modifica unilaterale* in peius*:* *dalla modifica degli assetti organizzativi al ruolo della contrattazione collettiva

Rispetto alla disciplina precedente è ammesso, a determinate condizioni, non solo la modifica orizzontale ma anche l'assegnazione con decisione unilaterale del datore di lavoro a **mansioni inferiori**, ipotesi quest'ultima non prevista da testo dell'art. 2103 c.c. nella sua formulazione statutaria.
In particolare, risulta possibile «in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che inci-

(5) G. Vidiri, *La disciplina delle mansioni nel* Jobs Act*: una (altra) riforma mal riuscita,* in *Arg. dir. lav.,* 2016, pag. 474.
(6) V. Nuzzo, *Il nuovo articolo 2103 Cod. civ. e la non più necessaria equivalenza professionale delle mansioni*, in *Riv. it. dir. lav.,* 2015, II, pag. 1048.
(7) G. Vidiri, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, op. cit., pag. 476, ove si rimanda alla posizione di C. Pisani, *La nuova disciplina del cambio del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015, pag. 57.
(8) A. Vallebona, *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, pag. 7; per una visione costituzionalmente orientata della lettura della norma si veda anche, U. Gargiulo, *Lo* ius variandi *nel nuovo art. 2103 Cod. civ*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pagg. 619 e ss.
(9) Corte d'Appello Torino, 23 maggio 2017, in *Nuovo not. giur.*, 2017, 2, pag. 595, nota di E. Fornatto; Trib di Roma, sez. III, 2 novembre 2018, in *Leggi d'Italia*, Wolters Kluwer.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

de sulla posizione del lavoratore» assegnare questo «a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella **medesima categoria legale**», purché ricorrano le seguenti condizioni:
i) la modifica degli assetti organizzativi deve incidere in modo diretto sulla posizione del lavoratore, ovvero ***ii)*** deve sussistere un nesso di causalità tra modifica organizzativa e posizione/mansione del lavoratore;
iii) il datore di lavoro deve assolvere, se necessario, l'obbligo formativo ai fini della nuova mansione;
iv) il "demansionamento" deve essere comunicato per iscritto a pena di nullità;
v) il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento di partenza e del relativo trattamento retributivo;
vi) il "demansionamento" può spingersi solo fino al livello di inquadramento immediatamente inferiore rispetto alle mansioni da ultimo svolte;
vii) è esclusa la possibilità di "demansionamento" che incida sulla categoria legale di appartenenza.
Molti interrogativi si sono posti in relazione alla formulazione della norma, in particolare circa il **perimetro della modifica degli assetti organizzativi** che la dottrina qualificato come un «*giustificato motivo di demansionamento*». (10)
In primo luogo, non può non essere rilevata la differenza di ampiezza fra la norma in vigore ed il contenuto della delega nella misura in cui la seconda richiamava il concetto di «processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale». Tale indicazione nella delega sembra tracciare un collegamento fra lo *ius variandi* e l'eccedenza di personale di cui alla legge n. 223/1991. Tale collegamento, però, risulta del tutto escluso nella formulazione della norma voluta dal Legislatore delegato, determinando che le **modifiche degli assetti organizzativi** possono essere del tutto **slegate da vicende che implicano l'esubero**.
Ciò detto ai fini della sussistenza della fattispecie occorre che ricorrano tre elementi: ***i)*** la modifica degli assetti organizzativi; ***ii)*** la modifica della posizione del lavoratore; ***iii)*** il nesso di causalità fra le prime due condizioni.
La norma è generica nel richiamare il concetto di modifica degli assetti organizzativi ma l'interpretazione più coerente con il dato testuale è quella per cui, tenuto conto dell'espressione al plurale, si debba trattare di un processo di riorganizzazione che non si limiti allo spostamento della risorsa ma che potrebbe avere come effetto quello di incidere direttamente sulla posizione del singolo lavoratore.
In Dottrina molte sono state le voci che si sono espresse sul differente assetto di tutele che emerge dal testo, ma ciò che appare evidente è la circostanza per cui l'Ordinamento ha, finalmente, preso atto della necessità di **valorizzare** l'**elemento** dell'**organizzazione rispetto alla tutela** fine a sé stessa **di posizioni individuali acquisite**.
In altre parole, la possibilità di operare un demansionamento "limitato" offre un'opportunità all'azienda di modificare l'utilizzo di un dipendente che diversamente avrebbe avuto difficoltà a rimanere aderente al progetto dell'imprenditore con ogni possibile conseguenza sul piano individuale.
In questo contesto dovrebbe o sarebbe stato auspicabile che giocasse un **ruolo centrale** la **contrattazione collettiva** laddove l'**art. 2103**, **comma 4**, **c.c.** dispone che «Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi».
Quindi i contratti collettivi - soprattutto aziendali - sono per legge in grado di disegnare i limiti dello *ius variandi* e anche del demansionamento, potendosi in essi:
i) identificare le fattispecie integranti una modifica degli assetti organizzativi, ancorandole a quelle di cui alle norme in materia di licenziamento oppure ad altre vicende di trasformazione dell'impresa;
ii) delimitare le mansioni inferiori cui determinate categorie (solo contrattuali) di lavoratori possono essere adibite;
iii) determinare clausole di fungibilità nelle mansioni sia in senso verticale che orizzontale, favorendo l'adozione di organizzazioni mobili;

(10) C. Pisani, *L'ambito del* repêchage *alla luce del nuovo art. 2103 cod. civ.*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 3, pagg. 537 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

iv) introdurre dei limiti al *repêchage* nel caso di licenziamento, stabilendo in quali mansioni inferiori il personale può essere impiegato, e in quali no, e molto altro ancora.
Sebbene sia stato dato ampio margine alla contrattazione, le parti collettive, al momento, non hanno scelto di "esplorare" fino in fondo le "opportunità" che il Legislatore ha messo loro a disposizione. Da un'analisi sommaria delle disposizioni dei **contratti collettivi**, quanto meno a livello nazionale, traspare una **scarsa propensione a disciplinare questa materia in modo diverso rispetto al passato**.
Attribuire alla mera dimenticanza simili accadimenti non pare possibile, perché quando le Parti sociali hanno voluto modificare la disciplina delle mansioni l'hanno fatto in maniera esplicita.
Da tale approccio conseguono **rischi sul piano applicativo** non facilmente superabili, giacché non si può ignorare che l'assenza di un ruolo attivo del sindacato può avere l'effetto pratico di annullare, o meglio ridimensionare, le "opportunità" che discendono dalla concertazione su questa materia.
Solo per completezza si evidenzia che al di fuori delle ipotesi e dei limiti sopra indicati la norma codicistica identifica un insieme di ipotesi in cui è possibile procedere al **mutamento di mansioni nelle sedi** di cui all'**art. 2113, comma 4**, **c.c.** (ossia nelle **sedi di conciliazione** previste dalle disposizioni del Codice di procedura civile *ex* artt. 185, 410, 411, 412-*ter* e 412-*quater*), o avanti alle **Commissioni di certificazione** di cui all'art. 76 del D.Lgs. n. 276/2003. In queste sedi possono, infatti, essere **stipulati accordi individuali** di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore e per le seguenti **motivazioni**: conservazione dell'occupazione; acquisizione di una diversa professionalità; miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un Rappresentante dell'Associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

È dunque evidente l'estrema **flessibilità riservata dal Legislatore al datore di lavoro** nella gestione del rapporto di lavoro: diversamente da quanto avveniva in passato, oggi la **mobilità endo-aziendale** è - perlomeno sulla carta - una **facoltà espressamente riservata dalla legge alle aziende**, che potranno così adeguare i profili professionali del proprio personale alle rinnovate esigenze aziendali.

Modifica della disciplina delle mansioni e possibile impatto sul *repêchage*

Alla luce della mutata disciplina gli interpreti si sono interrogati se, ed in che misura, si sia esteso il contenuto dell'**obbligo di *repêchage*** in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.
È noto, infatti, lo scenario interpretativo (già cominciato a percorrere da dottrina e giurisprudenza) (11) volto a sostenere un allargamento forzoso del *repêchage* quale **bilanciamento del rafforzamento** dello ***ius variandi* datoriale**.
Secondo tale orientamento, infatti, poiché la portata dello *ius variandi* non è più limitata dal requisito dell'"equivalenza" delle nuove mansioni, la **conseguenza interpretativa** che se ne dovrebbe desumere sarebbe che, prima di procedere al licenziamento per ragioni oggettive, il datore di lavoro dovrà indagare se non esista nella propria organizzazione aziendale una posizione lavorativa in cui il lavoratore in esubero possa essere utilmente ricollocato, e ciò con riferimento non solo a profili professionali analoghi al suo, ma con riferimento a qualsivoglia mansione «riconducibile allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte» (come previsto dal nuovo art. 2103, primo comma, c.c.).
La prima **criticità** rispetto a questa impostazione risiede nella circostanza per cui il riferimento al livello e categoria legale implica l'accesso nel *repêchage* di profili professionali che, per quanto ritenuti equivalenti dal contratto collettivo sotto il profilo dell'inquadramento, sono del tutto estranei al bagaglio professionale del lavoratore in esubero.

(11) Sull'estensione dell'obbligo di *repêchage* anche alle mansioni inferiori v. Cass. civ., sez. lav., 11 novembre 2019, n. 29100, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer; Cass. civ., sez. lav., 13 agosto 2008, n. 21579, in Lav. giur, 2008, 12, pag. 1273 con nota di G. Treglia (*Licenziamento, soppressione del posto di lavoro e reimpiego in mansioni inferiori*) e in *Arg. dir. lav.*, 2009, 159, con nota di C. Pisani (*Il licenziamento impossibile: ora anche l'obbligo di modificare il contratto*); Cass. civ., sez. lav., 12 luglio 2012, n. 11775, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 8, pag. 548; Cass. civ., sez. lav., 1° luglio 2011, n. 14517, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La più recente giurisprudenza ha confermato la tendenza ad estendere l'obbligo di *repêchage* a «mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale» (12)

Altro tema è quello dell'impatto sul *repêchage* dell'**obbligo formativo** contenuto nell'art. 2103 c.c.

Secondo la **Dottrina** occorre operare una distinzione in base alla circostanza per cui le nuove mansioni assegnabili al lavoratore, per evitare licenziamento, richiedano o meno una apposita formazione, infatti: «solo nel caso in cui questa non fosse risultata necessaria si sarebbe configurato in capo al datore di lavoro un obbligo di *repêchage* alternativo al licenziamento». (13)

La **giurisprudenza di merito** sul punto ha espresso due pronunciamenti che, muovendo dal medesimo presupposto ovvero l'assenza di un obbligo formativo, hanno un approccio differente.

Secondo il Tribunale di Lecco «se è vero che in linea generale tra gli obblighi del datore di lavoro non rientra quello di curare la formazione professionale del dipendente per permettergli di eseguire correttamente la prestazione lavorativa, tuttavia, nei casi in cui la **professionalità** del lavoratore sia considerata **obsoleta a seguito** di una **riorganizzazione** dell'**azienda**, l'applicazione dei sopra richiamati principi di buona fede e correttezza implica che il **datore di lavoro**, prima di risolvere il rapporto, **valuti** non solo l'**impossibilità** del***repêchage***, ma anche l'**impossibilità** (o quantomeno l'antieconomicità) della **riqualificazione professionale** del dipendente (ad esempio attraverso corsi professionali o l'affiancamento ad altri colleghi)». (14)

Il Tribunale di Roma, nel solco della dottrina sopra citata pone la questione della formazione sul piano dell'onere della prova affermando che «In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'onere di *repêchage* deve essere esteso ai posti disponibili nel livello e categoria legale di inquadramento o di ultima assegnazione e, in difetto, a mansioni inferiori del livello immediatamente inferiore, nei limiti dello *ius variandi* previsto dall'art. 2103 c.c. come modificato dall'art. 3 D.Lgs. n. 81 del 2015 . Non sussiste a carico del datore di lavoro l'onere di sostenere i costi della formazione professionale del lavoratore al fine di consentirgli il reimpiego nelle mansioni disponibili per le quali questi non abbia bagaglio professionale ed attitudini, ma grava sul **datore di lavoro l'onere di allegare e provare tutte le componenti del giustificato motivo oggettivo** ivi **compresa la necessità** di una **formazione professionale** quale **elemento ostativo al reimpiego nei posti disponibili**». (15)

È evidente il rafforzamento delle tutele che un simile orientamento interpretativo vorrebbe apportare alla posizione giuridica del lavoratore.

Un approccio più aderente alla *ratio* delle norme sarebbe quello di evitare la tendenza a sovrapporre l'ambito e le tutele in materia di mansioni con quello del licenziamento per giustificato motivo oggettivo a meno di non voler creare distorsioni per le quali attraverso il *repêchage* vengono "disinnescate" le scelte imprenditoriale attraverso l'impossibilità di espungere soggetti il cui profilo è palesemente in esubero.

Conclusioni

Pur essendo indubitabile il **cambio di prospettiva** nel senso di individuare un assetto di tutele differente e le **potenzialità della norma**, in particolare con riferimento alla creazione di modelli "su misura" circa la gestione nel tempo della prestazione lavorativa in funzione dell'organizzazione imprenditoriale, ciò che è **mancato ad oggi** è il **ruolo attivo del sindacato** a cui il Legislatore ha conferito ampi poteri.

È venuto il momento di non limitarsi ad analizzare la norma in chiave di comparazione con la disposizione statutaria ma di ricercare nel nuovo testo i **profili di opportunità** che possono emergere non solo per la parte datoriale che sono i più evidenti ma non i soli.

(12) Trib. Roma, sez. lav., 4 gennaio 2021, n. 8225, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer; Tribunale Trento, 18 dicembre 2017, in *Dir. rel. ind*., 2018, 3, pag. 910.

(13) D. Bellini, *L'estensione dell'obbligo di* repêchage *tra gli obblighi formativi e il principio di ragionevolezza. Brevi note alla sentenza del Tribunale di Lecco del 31 ottobre 2022*, in cui si richiama C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, in *Lav. dir. europa, 2023, 1*, pag. 149.

(14) Trib. Lecco, sez. lav., 31 ottobre 2022, n. 159, in *Dir. prat. lav.*, 2023, 13, pag. 832 e *Lav. dir. europa*, 2023, 1, pag. 149., con nota di D. Bellini, op cit.

(15) Trib. Roma, sez. lav., 24 luglio 2017, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tempi di riposo e "Decreto Trasparenza"

Orario di lavoro e cumulo di rapporti

Matteo Manuali e Andrea Seppoloni - Ispettori del lavoro

La costante diminuzione dei salari reali costringe sempre più lavoratori a intraprendere ulteriori attività lavorative rispetto a quella principale solo per mantenere lo stesso tenore di vita del passato o, in qualche caso, per la semplice sopravvivenza. Tale situazione rende necessario comprendere se l'attuale disciplina normativa sul rispetto dell'orario di lavoro, consenta o meno ai lavoratori la possibilità di cumulare i rapporti di lavoro con differenti datori. Invero, tali norme sembrano "tarate" sul presupposto che il lavoratore abbia un'unica occupazione lavorativa, giacché il testo fondamentale in materia - il D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66 - non prevede espressamente l'ipotesi della pluralità dei contratti e dei rapporti di lavoro e le relative previsioni si limitano a fissare l'orario di lavoro normale e massimo settimanale e, per implicito, l'orario massimo giornaliero, come si dirà meglio a breve.
A scanso di equivoci, si ritiene opportuno rilevare che il presente contributo non intende in alcun modo demonizzare il "secondo lavoro", la cui effettuazione - peraltro - potrebbe rispondere al legittimo desiderio del lavoratore di accrescere la propria capacità di spesa o di esprimere la propria personalità nel contesto socio-lavorativo di riferimento. Ci si propone semmai di offrire **soluzioni interpretative** volte a rendere possibile la **tutela del lavoratore** anche al cospetto di una **pluralità di impieghi** - indipendentemente dalla circostanza che le plurime occupazioni siano o meno determinate da una situazione di "bisogno" del lavoratore - nonché di dare la corretta collocazione alle recenti novità normative in materia.

Limiti all'orario di lavoro settimanale

Come anticipato, il testo normativo di riferimento in materia di orario di lavoro dei lavoratori subordinati è il **D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66** (d'ora in poi "Decreto"), emanato per dare attuazione alla Direttiva 93/104/CE del Consiglio, del 23 novembre 1993, in materia di orario di lavoro (1) (d'ora in poi "Direttiva"). Scopo della Direttiva, come risulta dal primo "considerando" della stessa, è di fissare «prescrizioni minime per promuovere in particolare il miglioramento dell'ambiente di lavoro, per garantire un più elevato livello di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori».
Ciò posto, il Decreto, oltre ad approntare una disciplina specifica su pause, riposi giornalieri e settimanali, ferie e lavoro notturno, salve le deroghe in esso previste, fissa in 40 ore settimanali l'orario normale di lavoro e in 48 ore settimanali la durata media massima dello stesso, comprensiva del lavoro straordinario.
In particolare - atteso che tale disciplina trova la sua origine nella Direttiva - in tema di **orario normale di lavoro**, l'art. 3 del Decreto prevede che: «1. L'orario normale di lavoro è fissato in 40 ore settimanali. 2. I contratti collettivi di lavoro possono stabilire, ai fini contrattuali, una durata minore e riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno».
Per quanto attiene, invece, all'**orario massimo di lavoro**, l'art. 4 del Decreto sancisce quanto segue: «1. I contratti collettivi di lavoro stabiliscono la durata massima settimanale dell'orario di lavoro. 2. La durata media dell'orario di lavoro non può in ogni caso superare, per ogni periodo di sette giorni, le quarantotto ore, comprese le ore di lavoro straordinario. 3. Ai fini della disposizione di cui al comma 2, la durata media dell'orario di lavoro deve essere calcolata con riferi-

(1) Direttiva dapprima modificata dalla Direttiva 2000/34/CE e, successivamente, dalla Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mento a un periodo non superiore a quattro mesi. 4. I contratti collettivi di lavoro possono in ogni caso elevare il limite di cui al comma 3 fino a sei mesi ovvero fino a dodici mesi a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti collettivi (…)».

A tale proposito si precisa che mentre la **violazione** del limite dell'orario normale non risulta più sanzionata in via amministrativa (2), il superamento del limite massimo settimanale viene punito con la sanzione pecuniaria amministrativa in relazione a fasce di gravità definite dallo stesso Decreto. (3)

Impieghi plurimi

Tutela sostanziale del lavoratore

Tanto premesso, ci si deve chiedere se, nell'ipotesi in cui un determinato lavoratore sia contemporaneamente titolare di due o più rapporti di lavoro subordinato e/o etero-organizzato, la disciplina del Decreto - limiti di orario ordinario e straordinario compresi - vada applicata con riferimento a ciascun datore di lavoro o committente separatamente considerato ovvero con riguardo alla sola persona del lavoratore. (4)

Ci si deve chiedere, in altri termini, se detta disciplina si applichi unitariamente e contestualmente a tutti i datori di lavoro (categoria nella quale d'ora in poi, per semplicità espositiva, ci si intende riferire anche ai committenti che facciano ricorso a prestazioni etero-organizzate) ovvero se per ciascuno di essi operino "contatori" distinti.

Radici euro-unitarie della normativa in materia di orario

Costituisce insegnamento condiviso la regola per cui l'Ordinamento interno va configurato, in sede interpretativa e applicativa, come una totalità unitaria e coerente. Del pari tale Ordinamento, in applicazione del canone di leale collaborazione di cui all'art. 4.3 del TUE, va armonizzato con le fonti UE, onde evitare antinomie e assicurare il completo recepimento della norma comunitaria da parte della legislazione nazionale. (5)

Tali canoni sono stati accolti dal Decreto che, all'art. 1 comma 1, fissa il principio per cui le disposizioni nello stesso contenute danno «(…) **attuazione organica** alla **Direttiva 93/104/CE** del Consiglio, del 23 novembre 1993, così come modificata dalla Direttiva 2000/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 2000» e successivamente dalla Direttiva 2003/88/CE del 4 novembre 2003 e sono volte a regolamentare i «(…) profili di disciplina del rapporto di lavoro connessi alla organizzazione dell'orario di lavoro».

L'espressione «attuazione organica» di cui all'art. 1 del Decreto porta a ritenere che quest'ultimo vada interpretato e applicato onde garantire il **rispetto** dei **vincoli derivanti dalla Direttiva**, tutti funzionali a proteggere il bene della sicurezza e della salute dei lavoratori. (6)

(2) La sanzione amministrativa originariamente prevista con riferimento a detta fattispecie dall'art. 18-*bis* del Decreto - introdotto dal D.Lgs. 19 luglio 2004, n. 213 - è stata eliminata a seguito della modifica del suddetto articolo ad opera del D.L. 25 giugno 2008, n. 112.

(3) Art. 18-*bis* «(…) 3. In caso di violazione delle disposizioni previste dall'articolo 4, comma 2 (…) si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 750 euro. Se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero si è verificata in almeno tre periodi di riferimento di cui all'articolo 4, commi 3 o 4, la sanzione amministrativa è da 400 a 1.500 euro. Se la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori ovvero si è verificata in almeno cinque periodi di riferimento di cui all'articolo 4, commi 3 o 4, la sanzione amministrativa è da 1.000 a 5.000 euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta (…)».

(4) Ai fini del cumulo di orario, rilevano solo i rapporti di lavoro subordinato e le collaborazioni etero-organizzate, le quali pur risultando sostanzialmente autonome, sono comunque assoggettate allo statuto della subordinazione. La Direttiva e il Decreto, infatti, non paiono riferibili ai rapporti di lavoro autonomo *tout court* e alle collaborazioni coordinate e continuative per così dire "semplici". Inoltre, non debbono essere considerati, ai fini del rispetto dell'orario normale di lavoro, i rapporti di lavori intermittente, che andranno valutati solo ai fini del rispetto dell'orario massimo complessivo, atteso che nella tipologia contrattuale in parola - causalmente incompatibile rispetto ad orari predeterminabili - l'attività lavorativa è eventuale e quindi esattamente quantificabile solo *ex post*. Si ritiene che tale connotazione non sia mutata neppure a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 27 giugno 2022, n. 104 che all'art. 5, comma 2, *lett. a)* fa riferimento a «eventuali ore retribuite garantite al lavoratore», concetto che non deve essere confuso con la previsione di un orario minimo di lavoro. Sul punto si rinvia all'approfondimento del 6 settembre 2022 della Fondazione Studi dei Consulenti del lavoro - Consiglio Nazionale dell'Ordine - reperibile in «https://www.consulentidellavoro.it/files/PDF/2022/FS/Approfondimento_FS_20220906.pdf».

(5) Cfr. CGUE sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01 Pfeiffer, punto 115.

(6) Cfr. Per un'analisi complessiva del Decreto si rinvia a C. Cester, M.G. Mattarolo e M. Tremolada, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro. Commentario al D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Giuffrè, 2003. Si veda anche V. Leccese, *La disciplina dell'orario di lavoro nel D.Lgs. n. 66/2003, come modificato dal D.Lgs. n. 213/2004*, reperibile in «https://csdle.lex.unict.it/».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

A questo proposito, giova menzionare l'art. 1, comma 1, della Direttiva, a mente del quale «la presente Direttiva stabilisce prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro».
Per ciò che concerne specificamente l'**orario di lavoro settimanale**, il quinto "considerando" della Direttiva fissa l'obiettivo di garantire a tutti i lavoratori «(…) periodi di riposo adeguati. Il concetto di "*riposo*" deve essere espresso in unità di tempo, vale a dire in giorni, ore e frazioni d'ora». Inoltre, sempre il quinto "considerando" stabilisce che «i lavoratori della Comunità devono beneficiare di periodi minimi di riposo giornaliero, settimanale e annuale e di adeguati periodi di pausa. È anche necessario, in tale contesto, prevedere un limite massimo di ore di lavoro settimanali. (…)». Ciò non solo perché «le modalità di lavoro possono avere ripercussioni negative sulla sicurezza e la salute dei lavoratori», ma anche perché «l'organizzazione del lavoro secondo un certo ritmo deve tener conto del principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano», come stabilito dall'undicesimo "considerando".
A tali fini assume rilevanza il **limite di orario settimanale** entro il quale il lavoratore può essere tenuto a eseguire la propria prestazione lavorativa, limite che l'art. 3 del Decreto fissa **in via ordinaria** in **40 ore**, o comunque nel **minore orario** stabilito dalla **contrattazione collettiva**, ferma restando la possibilità per tale contrattazione di riferire detto orario alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno.
Pertanto, fatti salvi il lavoro straordinario - che in ogni caso deve essere limitato - e le ipotesi eccettive stabilite dalla legge, la **tutela** del bene della **salute del lavoratore** appare ostativa a un'occupazione dello stesso per un orario strutturalmente superiore al limite di cui all'art. 3 citato **a prescindere** dal fatto che tale **superamento si verifichi in relazione** ad un **unico datore di lavoro o** in virtù del "**concorso**" **tra più datori di lavoro**.
Infatti, risulterebbe **contrario alla *ratio* della normativa** di riferimento consentire a più datori di lavoro di fare cumulativamente quello che pacificamente viene vietato al singolo datore **sia in fase** di **stipulazione del contratto di lavoro** (ovvero stabilire un orario maggiore rispetto alle 40 ore settimanali o al minor orario fissato dal Ccnl di riferimento), **sia in fase** di **svolgimento del rapporto** (ovvero richiedere prestazioni che eccedano le 48 ore settimanali).
La medesima argomentazione è spendibile qualora si focalizzi l'attenzione sul rispetto dei **periodi di risposo** giornaliero, di riposo settimanale e di ferie, rispettivamente disciplinati dagli artt. 7, 9 e 10 del Decreto.
In particolare, in tema di riposi giornalieri, così come un datore di lavoro non può adibire al lavoro un lavoratore per un orario superiore alle 13 ore nell'arco delle 24 ore giornaliere, allo stesso modo si ritiene che non sia possibile per due o più datori di lavoro occupare nella medesima giornata un lavoratore per un orario che complessivamente considerato non consenta di rispettare il risposo di 11 ore giornaliere.

Si faccia l'ipotesi del lavoratore che concluda con tre differenti datori di lavoro tre contratti part-time e ogni contratto preveda un impegno orario per una determinata giornata di 5 ore distribuite rispettivamente dalle 7:00 alle 12:00, dalle 12:30 a 17:30 e dalle 18:00 alle 23:00. Invero, sebbene i rispettivi impieghi, ove considerati separatamente, siano inferiori alla soglia massima delle 13 ore di lavoro giornaliero, e quindi apparentemente compatibili col periodo di risposo di 11 ore, qualora invece vengano valutati unitariamente, determinerebbero uno sforamento del limite delle 13 ore, perché il lavoratore nell'arco delle 24 ore vedrebbe impegnata la propria giornata lavorativa per 15 ore.

Per quanto attiene, invece, ai riposi settimanali e alle ferie è evidente che il mancato coordinamento tra tutti i datori interessati dal cumulo potrebbe comportare, da parte del medesimo prestatore lo svolgimento di attività lavorative per tutti i giorni dell'anno, determinando nella sostanza una situazione di contrasto rispetto a disposizioni di rango costituzionale (art. 36, ultimo comma, Cost.).
Tale principio, tanto per rimanere in ambito euro-unitario, è avvalorato anche dall'**art. 4 della Direttiva 2002/15/CE** del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2002 che regola la durata massima settimanale della **prestazione lavorativa per i lavoratori mobili** (gli autisti). Detto articolo prevede che il limite delle 48 ore medie settimanali (estensibile a 60 in particolari condizioni) valga **anche in caso di pluralità di rapporti di lavoro**.
La Direttiva in questione statuisce, infatti, che la **durata** della **prestazione di lavoro per conto di più datori di lavoro** sia **pari alla somma di tutte le ore effettuate**.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

A tal fine, il datore di lavoro è tenuto a chiedere, per iscritto, al lavoratore mobile il numero di ore di lavoro prestate presso altri datori di lavoro.
In proposito, ove si volesse affermare che il **meccanismo di cumulo** sancito dall'art. 4 citato sia applicabile solo ai lavoratori mobili, si dovrebbe necessariamente dedurre che i lavoratori occupati negli altri settori merceologici non possano fruire, rispetto ai primi, delle medesime tutele e che pertanto questi ultimi siano meritevoli di una protezione differenziata per ciò che concerne la tutela della salute e della sicurezza.
Sul punto, non appare revocabile in dubbio che la sfera fisio-psichica del lavoratore riceva sollecitazioni differenti a seconda della natura del lavoro svolto da costui (7), ma ciò che si vuol porre in evidenza è l'**unitarietà del valore della persona del lavoratore** rispetto alla disciplina dei tempi di durata giornaliera e settimanale della prestazione lavorativa; unitarietà che è alla base sia della Direttiva che del Decreto.
Ciò significa che, indipendentemente dal settore di riferimento e salve le eccezioni di legge, in caso di cumulo di rapporti di lavoro - di fatto - risulta necessario instaurare un **coordinamento tra i datori di lavoro** coinvolti, onde evitare il superamento dei limiti orari di cui sopra e garantire conseguentemente la tutela della salute del lavoratore.

Indicazioni della CGUE

Il principio secondo cui la tutela approntata dalla Direttiva - e quindi dal Decreto - rimane ferma anche a fronte di una pluralità di rapporti di lavoro viene sostenuto in una nota sentenza della CGUE (scaturita da una controversia sorta nell'ambito dell'Ordinamento giuridico rumeno): (8) «Se le prescrizioni minime previste dall'articolo 3 della Direttiva 2003/88 fossero interpretate nel senso che esse si applicano, in modo distinto, a ciascun contratto stipulato dal lavoratore con il suo datore di lavoro, la garanzia di una migliore tutela di tale lavoratore sarebbe indebolita, dal momento che, attraverso il cumulo dell'orario di lavoro previsto separatamente in ciascuno dei contratti stipulati con il datore di lavoro, potrebbe essere reso impossibile garantire il periodo di riposo di undici ore consecutive per ogni periodo di 24 ore, sebbene detto periodo sia stato considerato dal Legislatore dell'Unione come un minimo necessario per consentire al lavoratore di recuperare la stanchezza connessa al lavoro quotidiano».
Conclude quindi la Corte: «qualora un lavoratore abbia stipulato con un medesimo datore di lavoro più contratti di lavoro, il **periodo minimo di riposo giornaliero**, previsto da tale articolo 3, si applica a tali **contratti considerati nel loro insieme** e non a ciascuno di detti contratti considerato separatamente».
É pur vero che la stessa sentenza riguarda specificamente la fattispecie inerente alla pluralità di rapporti di lavoro subordinato instaurati con la medesima parte datoriale (ipotesi ammessa dal diritto rumeno) e che tale sentenza concerne direttamente la questione dei riposi da garantire al lavoratore. Però, è anche vero che il principio sotteso a tale statuizione sembra assumere una **valenza trasversale**, rendendosi applicabile anche all'ipotesi non dissimile del **cumulo di rapporti con datori di lavoro differenti**.
Invero, in disparte il fatto che nel nostro Ordinamento, in via di principio, un datore non può intrattenere contemporaneamente due o più rapporti di lavoro subordinato con lo stesso soggetto (9) - ai fini della tutela dell'integrità fisio-psichica del lavoratore, pare contraddittorio asserire che le regole della Direttiva sui risposi debbano essere osservate in presenza di due rapporti di lavoro col medesimo datore e, di converso, possano essere disapplicate o ricevere una diversa applicazione allorché il medesimo lavoratore instauri due rapporti di lavoro con due differenti datori di lavoro.

(7) Esempio paradigmatico di ciò è la categoria dei lavori c.d. usuranti che sono sottoposti a specifico regime normativo in ordine al trattamento pensionistico.

(8) CGUE, Sez. 5, 17 marzo 2021, n. 585 - C-585/19, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta al Tribunale superiore di Bucarest.

(9) Tale principio risulta sancito dalla Corte di Cassazione, con sentenza 8 agosto 2005, n. 16665, nei seguenti termini: «un lavoratore subordinato può stipulare con lo stesso datore di lavoro un distinto contratto di lavoro autonomo, configurabile allorché il rapporto di lavoro subordinato non costituisca il presupposto necessario delle ulteriori prestazioni, le mansioni siano diverse e prestate con modalità tali da escludere la subordinazione». Sul punto, però, non sembra concordare il Ministero del Lavoro, che - nella lettera circolare 4 luglio 2007, n. 13196 - sostiene: «La legge non esclude che tra i medesimi soggetti possano instaurarsi contemporaneamente più rapporti di lavoro o di collaborazione (ad es. due contratti di lavoro *part-time* per due diverse tipologie di prestazione) (…)».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Va rilevato, piuttosto, come all'interno della stessa Direttiva, e quindi del Decreto, non sembra sia possibile stabilire una gerarchia delle prescrizioni e realizzare un *discrimen* tra regole da far valere solo con riferimento al singolo rapporto (come, ad esempio, quelle relative all'orario settimanale) e regole da far valere con riferimento ai rapporti di lavoro complessivamente considerati (come, ad esempio, quelle relative ai riposi giornalieri).
Invero, tutte le **previsioni della Direttiva** debbono essere considerate quali «**prescrizioni minime di sicurezza e di salute** in materia di organizzazione dell'orario di lavoro».

Indicazioni della Corte di Cassazione

In merito al divieto stabilito da un regolamento interno di un ente circa lo svolgimento da parte dei propri dipendenti di una seconda attività al di fuori dell'orario di servizio, la Corte di Cassazione ha stabilito quanto segue: «Il motivo del ricorso per cassazione investe specificamente il passaggio argomentativo che ha ritenuto il carattere assoluto del divieto, a prescindere da qualsiasi verifica in concreto della incompatibilità. Invero, siffatta lettura della disposizione regolamentare non può essere accolta, se riferita ad un **prestatore di lavoro** in regime di ***part-time***, non potendo il datore di lavoro disporre della facoltà del proprio dipendente di reperire un'occupazione diversa in orario compatibile con la prestazione di lavoro parziale; in tali casi, l'incompatibilità essere valutata dall'Ente in concreto». (10)
Ciò, implicitamente, porta ad escludere che un **dipendente occupato a tempo pieno** abbia la possibilità di essere impiegato anche in altre attività lavorative (di natura subordinata o comunque soggette allo statuto della subordinazione) e, di conseguenza, che il cumulo di rapporti possa comportare il superamento dell'orario normale di lavoro settimanale.

Indicazioni della prassi

La prassi amministrativa accoglie il principio di cui sopra.
Infatti, il Ministero del Lavoro ha affermato che «nelle ipotesi di cumulo di più rapporti di lavoro a tempo parziale con più datori di lavoro, resta fermo l'**obbligo** del **rispetto** dei **limiti** di **orario di lavoro** e del diritto al **riposo settimanale** del lavoratore, come disciplinati dal D.Lgs. n. 66/2003». (11)
Inoltre, occupandosi specificamente delle **conseguenze sanzionatorie** relative all'impiego irregolare di soggetti già assunti a tempo pieno presso altri datori di lavoro, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha precisato che «sussistendone le condizioni, il provvedimento di sospensione va evidentemente adottato. La sua revoca avverrà sulla base della regolarizzazione del periodo "in nero" già lavorato e accertato dall'Organo di vigilanza. Non sarà invece possibile per il datore di lavoro instaurare, per il periodo successivo, un rapporto di lavoro nella misura in cui ciò determinerebbe una violazione della disciplina in materia di tempi di lavoro di cui al D.Lgs. n. 66/2003 (…)». (12)
Pertanto, neppure per le Autorità amministrative succitate il cumulo di rapporti di lavoro può comportare il superamento dei limiti di orario stabiliti dalla legge ovverosia delle 40 ore settimanali in via ordinaria e delle 48 ore settimanali comprensive dello straordinario.

Decreto Trasparenza

Nuovo quadro normativo e prime interpretazioni della dottrina

L'**art. 8** del **D.Lgs. 27 giugno 2022, n. 104** (13) (il c.d. "*Decreto Trasparenza*"), in rubrica «*cumulo di impieghi*», sulla scorta dell'art. 9 della Direttiva 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea (14), ha inserito - almeno ad una

(10) V. Cass. civ., sez. lav., 25 maggio 2017, n. 13196, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer.

(11) Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, Risposta a interpello del 10 ottobre 2006, prot. n. 25/I/0004581.

(12) Inl, Provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale - FAQ - Aggiornamento 23 giugno 2017.

(13) Che per la parte di interesse sancisce: «1. (…) il datore di lavoro non può vietare al lavoratore lo svolgimento di altra attività lavorativa in orario al di fuori della programmazione dell'attività lavorativa concordata, né per tale motivo riservargli un trattamento meno favorevole. 2. Il datore di lavoro può limitare o negare al lavoratore lo svolgimento di un altro e diverso rapporto di lavoro qualora sussista una delle seguenti condizioni: a) un pregiudizio per la salute e la sicurezza, ivi compreso il rispetto della normativa in materia di durata dei riposi (…)».

(14) Ai sensi del quale: «Gli Stati membri provvedono affinché il datore di lavoro non vieti a un lavoratore di accettare impieghi presso altri datori di lavoro al di fuori della programmazione del lavoro stabilita con il primo né gli riservi un trattamento sfavorevole sulla base di tale motivo (…)».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prima lettura - un elemento di **novità** rispetto alla questione in esame.
Per quanto interessa in questa sede, infatti, l'art. 8 citato prevede che il **datore di lavoro o il committente** (in caso di **collaborazioni coordinate o** di **collaborazioni etero-organizzate**) **non possa vietare** al proprio lavoratore lo **svolgimento di altra attività lavorativa** in orario al di fuori della programmazione dell'attività lavorativa concordata, salvo che ciò possa costituire «un pregiudizio per la salute e la sicurezza, ivi compreso il rispetto della normativa in materia di durata dei riposi», oltre ai casi in cui vi sia la «la necessità di garantire l'integrità del servizio pubblico» o in cui «la diversa e ulteriore attività lavorativa sia in conflitto d'interessi con la principale, pur non violando il dovere di fedeltà di cui all'articolo 2105 del Codice civile».
In proposito, secondo un orientamento dottrinale, l'articolo da ultimo citato, ampliando possibilità prima implicitamente negate dall'Ordinamento, avrebbe consentito anche a un lavoratore già occupato a tempo pieno lo svolgimento di altre attività lavorative, anche di tipo subordinato, consentendo quindi a costui il superamento - in cumulo - dell'orario normale di lavoro. (15)
Tale interpretazione apparentemente risulta persuasiva poiché il Legislatore, da un lato, non fa espresso riferimento al rispetto dei limiti di orario settimanali indicati dal Decreto e, dall'altro, utilizzando la parola «*può*» («Il datore di lavoro può limitare o negare al lavoratore lo svolgimento di un altro e diverso rapporto di lavoro») sembrerebbe stabilire in capo al datore la **semplice facoltà - e non** l'**obbligo - di impedire** che il lavoratore inserito nel proprio organico aziendale venga occupato da imprese terze, quando da ciò potrebbe derivare «un pregiudizio per la salute e per la sicurezza» dello stesso.
Ad ogni buon conto, una **più attenta lettura** della disposizione in esame, porta a concludere come - indipendentemente dalla "tolleranza" dei datori coinvolti - **non** sia **giuridicamente possibile superare in cumulo i limiti orari** stabiliti dal Decreto.

Prospettiva di sistema

Nel rilevare che sulla specifica questione testé indicata la prassi e la giurisprudenza ancora non si sono espresse, non appare plausibile sostenere che il Legislatore del 2022 avrebbe reso possibile a più datori in concorso tra loro di occupare astrattamente lo stesso lavoratore anche 24 ore al giorno per tutti i giorni dell'anno, pur mantenendo una tutela rigorosa in tema di orari di lavoro svolti presso ogni singolo datore: è di tutta evidenza che la salute e la sicurezza del lavoratore non possano essere tutelate in maniera diversa a seconda del numero dei datori che mette in pericolo detti beni.
A questo proposito, si rende quindi necessaria una **lettura razionale e sistematica** del citato **art. 8**, prendendo le mosse da due considerazioni elementari:
• né l'art. 8 del D.Lgs. n. 104/2022, né l'art. 9 della Direttiva 2019/1152, da cui lo stesso trae origine, fanno riferimento alla possibilità per un lavoratore occupato a tempo pieno di svolgere altre attività lavorative.
• per quanto già chiarito nell'ambito del paragrafo sulle radici euro-unitarie del Decreto, tutte le disposizioni dello stesso costituiscono senza eccezioni «prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro». Pertanto, non è revocabile in dubbio che l'art. 8, nello stabilire l'ipotesi eccettiva connessa al «pregiudizio per la salute e la sicurezza, ivi compreso il **rispetto** della **normativa in materia di durata dei riposi**», faccia **riferimento al rispetto del Decreto nel suo complesso** e non solo a quelle disposizioni relative ai riposi, che evidentemente sono state indicate a mero titolo esemplificativo. (16)

(15) In proposito è stato sostenuto: «Già era pacifico che ciò avvenisse [n.d.r. la possibilità di instaurare un ulteriore rapporto di lavoro] in caso di rapporti a tempo parziale, ora il Legislatore delegato lo prevede anche per il tempo pieno: il tutto, comunque, nel rispetto dell'obbligo di fedeltà sancito dall'art. 2105 del Codice civile» (E. Massi, *Nuovi obblighi per i datori di lavoro nelle assunzioni di personale*, in *Dir. prat. lav.*, 2022, 32-33, pag. 2010). Sul punto, ancora più "dirompente" risulta l'interpretazione secondo cui: «L'art. 8 del Decreto Trasparenza amplia la possibilità del doppio lavoro contestuale o parallelo anche al tempo pieno, perfino a due rapporti a tempo pieno, purché non si incorra nelle deroghe previste dalla disciplina stessa» (P. Gremigni, *Decreto Trasparenza: illegittimo il divieto del doppio lavoro*, in *Smart24 Lavoro*, 21 settembre 2022).

(16) Dall'inciso «*ivi compreso il rispetto della normativa in materia di durata dei riposi*» non può farsi discendere la derogabilità di tutte le disposizioni del Decreto diverse da quelle relative ai riposi giornalieri e settimanali, poiché, in tal modo, verrebbe introdotta, per implicito, una deroga suscettiva di ledere un diritto costituzionalmente protetto, quale quello relati-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In questa prospettiva, quindi, l'articolo in esame non ha fatto che confermare l'assunto iniziale, per il quale, ai fini dell'applicazione delle tutele del Decreto, la molteplicità di rapporti subordinati (o ai quali si applica comunque lo statuto della subordinazione), riferibili allo stesso lavoratore, deve essere considerata alla stregua di un unico rapporto di lavoro.
Per quanto attiene, invece, alla questione della **facoltatività per il datore di lavoro di limitare o vietare** lo svolgimento di **altre attività al proprio lavoratore** (o comunque di intervenire a tutela dello stesso), bisogna preliminarmente osservare che in tema di riposi - espressamente evocati dal medesimo articolo - la **giurisprudenza di legittimità** ha stabilito che «la **mancata concessione del riposo settimanale**, con definitiva perdita dello stesso (in quanto non recuperato dal lavoratore in tempo utile per il ripristino delle energie psicofisiche), è **illecita**, siccome in contrasto con il precetto di cui all'**articolo 36** della **Costituzione**. In quanto tale, la mancata concessione non può essere validamente disciplinata né da clausole del contratto collettivo o individuale, che sarebbero nulle per contrarietà a norme imperative, o, più precisamente, per illiceità dell'oggetto (articoli 1418 e 1346 del c.c.), né dalla legge, che sarebbe fondatamente sospettabile di illegittimità costituzionale». (17)
In proposito, risulta di tutta evidenza che il **diritto al riposo settimanale** (come pure quello alle ferie annuali) è **riconosciuto dalla Costituzione** al lavoratore **in termini assoluti**, ovvero **indipendentemente dal numero di rapporti di lavoro** dallo stesso svolti in parallelo.
Infatti, la prolungata mancata fruizione di riposi settimanali e di ferie produce effetti perniciosi sulla salute del lavoratore a prescindere dal fatto che tale situazione si verifichi nell'ambito di un unico rapporto di lavoro o a causa del concorso tra due o più attività lavorative.
A questo proposito, va ribadito che qualora una norma di legge dovesse consentire - ancorché in maniera indiretta - di conculcare il diritto in esame, la stessa, per usare le parole della Corte, sarebbe fondatamente sospettabile di illegittimità costituzionale. Pertanto, appare necessario dare una **lettura costituzionalmente orientata** dell'**art. 8** più volte richiamato.
Inoltre, sempre in tema di (presunta) facoltatività, giova rilevare che per l'art. 9 della Direttiva 2019/1152 «(…) Gli Stati membri possono stabilire condizioni per il ricorso a restrizioni di incompatibilità da parte dei datori di lavoro sulla base di motivi oggettivi quali la salute e la sicurezza, la protezione della riservatezza degli affari, l'integrità del servizio pubblico e la prevenzione dei conflitti di interessi».
Quindi, il Legislatore euro-unitario ha previsto una serie di cause oggettive - tra le quali la **necessità di tutelare** la **salute e** la **sicurezza dei lavoratori** - in presenza delle quali **può risultare inoperante il divieto per il datore di incidere sulla residua occupabilità** del proprio dipendente, ma non ha affatto legittimato alcuna corrività da parte del medesimo datore.
È stata poi la non perfetta declinazione di tale disposizione da parte Legislatore nazionale a creare le problematiche interpretative che si cerca di risolvere nella presente sede e che, peraltro, non riguardano solo la salute e la sicurezza dei lavoratori, ma anche l'integrità del servizio pubblico.
A quest'ultimo proposito, è appena il caso di rilevare che secondo il Ministero del Lavoro «Con riferimento all'espressione «***integrità del servizio pubblico***», poiché resta ferma, ai sensi dell'art. 8, comma 4, la disciplina del lavoro pubblico di cui all'art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001, essa è da intendersi limitata a quei servizi pubblici gestiti da enti o società cui non si applica la disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche». (18)
Se tale interpretazione è corretta, allora non si vede come il Legislatore possa avere lasciato ai suddetti enti e società la libertà di occuparsi o meno della tutela dell'integrità del servizio pubblico.
Pertanto, stante l'indisponibilità dei beni della salute e della sicurezza nonché dell'integrità del servizio pubblico, il **datore di lavoro ha l'obbligo** e non la mera facoltà **di intervenire**. In tale prospettiva, quindi, il suddetto è titolare di una

vo alla fruizione delle ferie, diritto che peraltro viene contemplato nel Capo III del Decreto insieme a quello relativo alla fruizione dei riposi. Pertanto, il sintagma in questione non pare possa essere interpretato quale disposizione volta a selezionare gli istituti del Decreto applicabili al cumulo di rapporti, ma semmai quale indicazione esemplificativa.

(17) Cass. civ., sez. lav., 22 gennaio 2004, n. 1121.

(18) Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, circolare 20 settembre 2022, n. 19.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

specifica **posizione di garanzia** per la **tutela della sfera psico-fisica del lavoratore** inserito nell'organico della propria azienda.
Tale intervento, funzionale all'attuazione della predetta garanzia, non necessariamente dovrà comportare l'adozione di disposizioni atte ad impedire o limitare lo svolgimento di altre attività lavorative da parte del proprio dipendente, ma si dovrà comunque risolvere nell'adozione di tutte le **misure idonee ad impedire** che l'**integrità del lavoratore o** quella del **servizio pubblico siano messe in pericolo**. Tra tali misure va certamente ricompresa la riduzione dell'orario di lavoro, sempre che - ovviamente - venga raccolto al riguardo l'apposito consenso del lavoratore.
Peraltro, in questa logica l'**art. 8** in esame **si pone idealmente in continuità** - e non in completa ed ingiustificabile dissonanza, come nell'interpretazione che qui si critica - rispetto all'**art. 2087 c.c.** a mente del quale «L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

Reductio ad unum

Tirando le fila del discorso che precede può quindi affermarsi, da un lato, che il Decreto Trasparenza non innova la materia dei limiti dell'orario di lavoro e, dall'altro, correlativamente, che il superamento in via ordinaria, strutturale e programmatica dell'orario normale di lavoro - indipendentemente dal fatto che ciò avvenga nell'ambito di un unico rapporto di lavoro o a causa del concorso di più datori - rappresenta di per sé fonte di un potenziale pregiudizio per la salute e per la sicurezza del lavoratore, ancorché lo stesso riesca a fruire di riposi per almeno 11 ore al giorno e per un giorno alla settimana.
Invero, considerato che i beni giuridici tutelati dalla Direttiva e dal Decreto sono inequivocabilmente l'integrità psico-fisica del lavoratore nonché la vita di relazione di costui e che tali beni hanno un valore indisponibile, l'occupazione settimanale non può, in via ordinaria, eccedere la soglia delle 40 ore settimanali, salva la possibilità del ricorso al lavoro straordinario, che comunque deve essere contenuto entro i rigidi limiti stabiliti dalla legge.
La lettura complessiva delle disposizioni del Decreto alla luce della Direttiva e dei principi costituzionali, pertanto, porta a suffragare l'assunto per cui la **disciplina** sui **riposi** e sull'**orario di lavoro è riferibile**, non ai datori di lavoro singolarmente considerati, ma **esclusivamente alla persona del lavoratore**, con la conseguenza che, con riguardo a quest'ultimo, non dovranno essere superati - indipendentemente dal numero di rapporti svolti in parallelo - né il limite delle 13 ore giornaliere né quello delle 40 ore settimanali.
Resta comunque salva la possibilità di richiedere al medesimo lavoratore, per esigenze sopravvenute, lo svolgimento di un orario maggiore rispetto a quello contrattualmente individuato, purché ciò avvenga, sempre con riferimento alla globalità dei rapporti, entro il limite delle 48 ore settimanali.

Violazione dei limiti di orario nell'ambito del cumulo

Profili civilistici

Considerazioni preliminari

Prima di affrontare la questione delle conseguenze giuridiche derivanti dal superamento dell'orario normale di lavoro in caso di cumulo di rapporti di lavoro è necessario esaminare la connessa questione delle conseguenze giuridiche scaturenti dalla **pattuizione di un orario settimanale normale superiore** a quello previsto dalla legge nell'ambito del medesimo (e unico) **contratto di lavoro**.
Tenuto conto che una pattuizione siffatta non sarebbe nulla nel suo complesso, ma limitatamente alla differenza tra l'orario stabilito e le 40 ore settimanali, in proposito, si rileva che la Suprema Corte di Cassazione (19) - facendo propri i principi elaborati dalla Corte costituzionale (20) - ha ribadito che «l'art. 1419, primo comma, [c.c.] non è applicabile rispetto al contratto di lavoro, allorquando la nullità della clausola derivi dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore (…). Ciò, in ragione del fatto che, se la norma imperativa è posta a protezione di uno dei contraenti, nella presunzione che il te-

(19) Cass. civ., sez. lav., 30 maggio 2019, n. 14797, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer.

(20) Corte cost., 11 maggio 1992, n. 210 e Corte cost., 15 luglio 2005, n. 283.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sto contrattuale gli sia imposto dall'altro contraente, la nullità integrale del contratto nuocerebbe, anziché giovare, al contraente che il Legislatore intende proteggere (…). Tutto ciò, del resto, rappresenta una naturale e generale conseguenza del fatto che, nel campo del diritto del lavoro (…) le norme imperative non assolvono solo al ruolo di condizioni di efficacia giuridica della volontà negoziale, ma, insieme alle norme collettive, regolano direttamente il rapporto, in misura certamente prevalente rispetto all'autonomia individuale, cosicché il rapporto di lavoro, che pur trae vita dal contratto, è invece regolato soprattutto da fonti eteronome, indipendentemente dalla comune volontà dei contraenti ed anche contro di essa. Non hanno quindi modo di trovare applicazione, in questo campo, quei limiti alla operatività del principio di conservazione del rapporto che sono strettamente collegati all'identificazione nel contratto della fonte primaria del regolamento negoziale, come si verifica nell'ambito della disciplina comune dei contratti».

Inoltre, relativamente al meccanismo di **sostituzione** delle **clausole dei contratti di lavoro affette da nullità**, per violazione di una norma imperativa, la Suprema Corte ha precisato che «ai fini dell'operatività della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c. il quale contempla la sostituzione delle clausole nulle di un contratto contrastanti con norme inderogabili, con la normativa legale, non si richiede che le disposizioni inderogabili dispongano espressamente la sostituzione, in quanto "la locuzione codicistica ('*sono sostituite di diritto*') va interpretata non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto, cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina" (…); che tale indirizzo risulta coerente anche sul piano sistematico (trascurato dalla tesi contraria), in rapporto al principio generale fissato dall'art. 1339 c.c., che ha una portata generale nel quadro della (etero)integrazione della regolamentazione contrattuale; che peraltro questa Corte ha altresì costantemente affermato che la disposizione dell'art. 1419, secondo comma, c.c. "impedisce che al risultato dell'invalidità dell'intero contratto possa pervenirsi in considerazione della sussistenza di un vizio del consenso cagionato da errore di diritto essenziale, avente ad oggetto la clausola nulla in rapporto alla norma imperativa destinata a sostituirla, poiché l'**essenzialità di tale clausola** rimane **esclusa** dalla stessa prevista sua **sostituzione con una regola posta a tutela di interessi collettivi** di preminente interesse pubblico" (…); che, oltre a tali argomenti, rilevano, soprattutto, le considerazioni proprie della inderogabilità tipica delle norme poste a tutela dei lavoratori, nel chiaro solco tracciato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 1992 (confermata, nella sostanza, dalla successiva sentenza n. 283 del 2005)».

Infatti, nella prospettiva di cui sopra, l'art. 3 del Decreto conterrebbe una norma imperativa parzialmente dispositiva, ovverosia una norma la cui violazione comporta l'automatica riduzione della corrispondente clausola contrattuale alla misura massima prevista dalla legge, senza che vi sia spazio per l'indagine - oggettiva o soggettiva – circa la comune volontà dei contraenti in ordine a tale esito.

L'invalidità in questione deriverebbe, quindi, dall'**illiceità** (**parziale**) per contrarietà a norma imperativa della clausola relativa all'orario di lavoro (21), ma nella sostanza nulla cambierebbe se si facesse derivare detta invalidità dall'impossibilità giuridica dell'oggetto del contratto, giacché lo stesso, inteso come prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio, violerebbe il canone di cui all'art. 1346 del c.c. (22)

Tanto chiarito, ci si deve chiedere se quanto sopra rilevato possa applicarsi anche all'ipotesi di violazione del suddetto art. 3 determinata dal **concorso** di una **pluralità di contratti** che, **singolarmente considerati**, **risultino rispettosi del precetto normativo**.

Ebbene, a seguito di un'attenta analisi, pare evidente che la **risposta** non possa che essere **positiva** sia per l'impossibilità di far dipendere l'imperatività della disposizione in esame dal numero dei soggetti che potrebbe realizzarne il superamento, sia per le imprescindibili esigenze di tutela dell'integrità del lavoratore che trovano nella

(21) Stesse considerazioni possono essere svolte con riferimento al superamento della soglia oraria giornaliera di lavoro stabilita implicitamente dall'art. 7 del Decreto.

(22) A ben vedere, infatti, l'impossibilità giuridica dell'oggetto si confonde con l'illiceità per contrarietà a norma imperativa, essendo illecito tutto ciò che l'Ordinamento vieta di inserire nel contratto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Costituzione il loro primario presidio e che impongono - come sopra già richiarito - la *reductio ad unum* dei rapporti in parallelo.
Alla prevedibile obiezione secondo cui un determinato datore potrebbe anche non conoscere l'esistenza di altri rapporti di lavoro da parte del lavoratore che intende assumere, può facilmente replicarsi che proprio in considerazione della sua imperatività, la norma in esame opera oggettivamente.
A questo proposito, si ritiene che il **datore** - in virtù della sua posizione di garanzia - abbia l'**onere di richiedere formalmente** al soggetto che intende assumere **notizie** sulla **complessiva situazione lavorativa** di quest'ultimo e che correlativamente - per usare le parole del Ministero del Lavoro - «in ossequio ai principi generali di buona fede e correttezza (…) spetti al **lavoratore informare** il datore di lavoro qualora ricorrano talune delle **condizioni ostative** al cumulo di impieghi». (23)

Invalidità del contratto postumo

Per riassumere quanto fin qui esposto, ove le parti pattuiscano un contratto di lavoro che preveda un impegno del lavoratore per un orario ordinario settimanale superiore al limite delle 40 ore, le relative clausole risulteranno affette da nullità e, in applicazione degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., il contratto in questione si considererà concluso con pattuizioni conformi alle durate di orario stabilite dalla legge e dalla contrattazione collettiva.
Allo stesso modo qualora vengano **conclusi, in tempi diversi**, **due o più contratti di lavoro** da parte dello **stesso lavoratore**, il **contratto stipulato per ultimo**, e rispetto al quale si verifica la **violazione** del **limite delle 40 ore settimanali** (d'ora in poi denominato "contratto postumo"), sempre in applicazione degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., andrà considerato **affetto da nullità parziale**, con relativa **riduzione** dell'**orario** nei termini atti a garantire, nell'ambito del cumulo, il rispetto delle **previsioni di legge**. (24)
Il regime della nullità parziale del contratto postumo appare dunque applicabile nella misura in cui il lavoratore, all'atto della conclusione del medesimo, non sia **già occupato a tempo pieno** (sulla base di uno o più contratti), giacché in tale evenienza, in conformità alle indicazioni della prassi sopra richiamate, troverebbe attuazione - ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. - il regime della **nullità totale**, in quanto qualsiasi riduzione di orario risulterebbe inidonea a garantire il rispetto dei limiti di legge.
Al riguardo, la circostanza che le parti abbiano dato esecuzione, ancorché per un periodo prolungato nel tempo, a un contratto parzialmente o totalmente invalido, con lo svolgimento della prestazione di lavoro, da una parte, e con l'erogazione della retribuzione e il versamento degli oneri assicurativi e previdenziali, dall'altra, non pare possa costituire un elemento idoneo a sanare l'invalidità genetica negoziale, trovando comunque applicazione in favore del lavoratore il - seppur ridotto - regime di tutela di cui all'art. 2126 c.c..
Per riassumere, qualora il lavoratore abbia già stipulato un contratto *part-time* o più contratti *part-time* che comunque non esauriscano le 40 ore settimanali, al contratto postumo sarà applicabile il regime di cui agli artt. 1339 e all'art. 1419, comma 2, c.c., restando valido, pertanto, il regolamento in esso convenuto solo relativamente all'orario che il lavoratore poteva legittimamente portare "in dote" all'ultimo datore di lavoro, ovverosia quello corrispondente alla differenza tra l'orario normale di lavoro e l'orario complessivamente riferibile a pregressi contratti di lavoro ancora in corso di esecuzione.

Invalidità parziale del contratto postumo e orario minimo del part-time

L'ipotesi della riduzione oraria del contratto postumo, per applicazione degli artt. 1339 e 1419,

(23) Così si esprime la citata circolare n. 19/2022 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Sul punto, giova rilevare che lo stesso Dicastero già nella circolare 3 marzo 2005, n. 8 aveva chiarito che «poiché non esiste alcun divieto di essere titolari di più rapporti di lavoro non incompatibili, il lavoratore ha l'onere di comunicare ai datori di lavoro l'ammontare delle ore in cui può prestare la propria attività nel rispetto dei limiti indicati e fornire ogni altra informazione utile in tal senso».

(24) Giova rilevare che le considerazioni che seguono riguardano i profili che attengono alla validità degli atti negoziali, da non confondere con l'esecuzione dei rapporti di lavoro e con il regime economico degli stessi. A quest'ultimo proposito, infatti, si precisa che qualora un lavoratore titolare di una pluralità di rapporti sia tenuto a effettuare da parte di uno o più datori un orario superiore a quello contrattualmente concordato, fermo il rispetto del limite cumulativo delle 48 ore settimanali, ciascun datore sarà tenuto a corrispondere al predetto lavoratore le maggiorazioni contrattualmente stabilite per il lavoro supplementare o per quello straordinario con esclusivo riferimento ad ogni singolo rapporto considerato.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

comma 2, c.c., deve essere ragguagliata con la circostanza per cui alcuni **Ccnl**, pur in assenza di delega da parte della legge (25), contengono disposizioni sull'**entità minima oraria** del ***part-time***. (26)

L'intervento delle Parti sociali si giustifica sul presupposto di stabilire uno *standard* di protezione minimo in favore dei lavoratori, onde evitare che vengano formalizzati rapporti di lavoro aventi un orario esiguo, suscettivo di essere eluso mediante lo svolgimento di prestazioni di lavoro di durata superiore a quanto formalizzato. Un'altra finalità di tali disposizioni di fonte collettiva può essere rinvenuta nell'esigenza di mettere i lavoratori nella condizione di ricevere domande di lavoro idonee a realizzare un adeguato bilanciamento tra trattamento retributivo e costi comunque sottesi a ogni prestazione di lavoro.

A fronte di tali esigenze ci si chiede se il contratto di lavoro che abbia subito una **riduzione automatica di orario**, generata dalla violazione dell'art. 3 del Decreto, possa conservare validità ed efficacia nonostante il regolamento pattizio, come modificato *ex lege*, sia distonico rispetto alle **disposizioni del Ccnl** sull'entità oraria minima del *part-time*.

A tal riguardo, si possono formulare due ipotesi, evocando però tutte le cautele del caso, considerato che la tematica dei **rapporti tra autonomia individuale/collettiva** ed eteronomia è molto complessa e ricca di orientamenti assai eterogeni, plasmati anche in ragione dei diversi approcci culturali e delle molteplici chiavi di lettura utilizzabili per lo studio del diritto del lavoro. (27)

Ciò premesso, qualora si ritenga che il **procedimento** di cui all'**art. 1339 e 1419, comma 2, c.c**. sia **applicabile solo** in caso di **contrasto tra fonte negoziale individuale e** previsione inderogabile di **legge o** di **contratto collettivo attuativo di apposita delega**, dovrà per conseguenza dedursi che, attesa l'assenza di delega alle Parti sociali circa la disciplina dell'orario minimo per il *part-time*, il contratto individuale postumo non fruirà di alcuna etero-integrazione ad opera della fonte contrattuale collettiva. Talché tale contratto individuale dispiegherà effetti nella misura oraria idonea a garantire il rispetto della previsione dell'art. 3 del Decreto, sebbene l'orario risultante dall'applicazione di quest'ultimo articolo sia inferiore all'entità minima stabilita dalla disposizione del Ccnl di riferimento. La violazione di quest'ultimo da parte del contratto individuale potrà eventualmente determinare ricadute in termini di fruizione di benefici normativi e contributivi ai sensi dell'art. 1, comma 1175, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

Qualora, invece, si ritenga che il **procedimento di etero-integrazione** sia **applicabile sempre e comunque** al cospetto di una **violazione** delle **norme inderogabili** del **Ccnl** da parte del contratto individuale di lavoro, a prescindere cioè dalla circostanza che la legge deleghi o meno la fonte collettiva a disciplinare una determinata materia, allora la conseguenza sarà opposta a quella sopra ipotizzata. Invero, la clausola difforme del contratto postumo sull'orario di lavoro dovrebbe essere sostituita dalla disposizione di fonte collettiva sull'entità minima del *part-time*, con inevitabile accrescimento dell'orario in misura superiore al limite stabilito dall'art. 3 del Decreto, ma poiché l'effetto in questione, per le ragioni sopra esposte, determinerebbe il contrasto con una norma imperativa di legge, l'esito di tale prospettazione porta a escludere la possibilità per le parti di conservare il vincolo contrattuale.

A tale ultime conclusioni si perviene seguendo la **giurisprudenza maggioritaria**, la quale è orientata a regolare i **rapporti tra contratto individuale e contratto collettivo** mediante l'**applicazione** dell'**art. 2077 c.c**., sebbene tale previsione

(25) Ci si riferisce segnatamente agli artt. 4-12 del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che disciplinano il lavoro a tempo parziale.

(26) Esemplificativamente l'art. 82, comma 1, Ccnl Terziario Confcommercio dispone che nelle aziende con compagine lavorativa «complessivamente fino a 30 dipendenti» la prestazione individuale di lavoro non può essere inferiore: ***a)*** 16 ore, nel caso di orario ridotto rispetto al normale orario settimanale; ***b)*** 64 ore, nel caso di orario ridotto rispetto al normale orario mensile; ***c)*** 532 ore, nel caso di orario ridotto rispetto al normale orario annuale.

Se, invece, la compagine lavorativa sia «complessivamente [superiore a] 30 dipendenti», la prestazione individuale di lavoro non può essere inferiore a: ***a)*** 18 ore, nel caso di orario ridotto rispetto al normale orario settimanale; ***b)*** 72 ore, nel caso di orario ridotto rispetto al normale orario mensile; ***c)*** 600 ore, nel caso di orario ridotto rispetto al normale orario annuale.

(27) La letteratura in materia è sterminata. Pertanto, ci si limita a menzionare: M. Napoli, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in AIDLaSS, Giornate di Studio di Padova, 21-22 maggio 2004; V. Speziale, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, cit.; C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, pag. 119.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sia stata codificata non per il contratto collettivo di diritto comune, ma per il contratto collettivo corporativo. Ad ogni modo, l'orientamento in parola ritiene che il contrasto tra tali fonti comporti la sostituzione di diritto *ex* art. 2077, comma 2, c.c. della difforme pattuizione contrattuale sull'orario di lavoro con la disposizione inderogabile della contrattazione collettiva. (28)

Per completezza si rileva che la **prassi** - per quanto consta - non sembra fornire alcuna indicazione in materia di rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale, se si esclude quanto chiarito dall'Inps con messaggio 14/ febbraio 2005, n. 5143, nel passaggio in cui viene affermato che: «i contributi previdenziali ed assistenziali devono essere calcolati (…) tenendo conto dell'orario pattuito tra le parti nel contratto di lavoro a tempo parziale, anche se inferiore a quello minimo definito dal Ccnl di riferimento». Ad ogni buon conto, l'indicazione testé riportata non è dirimente rispetto alla questione specificamente affrontata nel presente paragrafo, poiché - in sostanza - l'Istituto si limita ad affermare che, nell'ipotesi di **contrasto tra fonte collettiva e contratto individuale**, gli **oneri contributivi** debbano essere corrisposti sulla base **dell'effettivo orario di lavoro**, ma questo non comporta, dal punto di vista concettuale, una inequivocabile presa di posizione circa il fenomeno della sostituzione automatica di clausole sopra analizzato.

Profili ispettivi

Orario normale settimanale

Si possono ora esaminare gli eventuali provvedimenti adottabili dal personale ispettivo qualora lo stesso riscontri, in capo al medesimo lavoratore, la titolarità di plurimi rapporti di lavoro, confliggenti - nel loro complesso - con le previsioni normative in materia di orario normale settimanale.

In proposito, si ribadisce che il **superamento** delle **soglie orarie da parte dei contratti postumi** pare riconducibile nell'alveo dell'**art. 2126 c.c.**, talché deve essere affermata la sussistenza dell'**obbligo contributivo e** dell'**obbligo retributivo**, giacché entrambi gli obblighi sorgono in capo alla parte datoriale per effetto della prestazione lavorativa resa dal lavoratore.

Segnatamente, per la parte di prestazione svolta in violazione dei limiti di orario, il datore di lavoro responsabile della medesima violazione sarà comunque tenuto al versamento dei contributi e alla corresponsione della retribuzione. Qualora questi adempimenti non vengano assolti spontaneamente, si ritiene che il personale ispettivo possa procedere con **verbale di accertamento** dell'**obbligo contributivo** e con **diffida accertativa** *ex* art. 12 del D.Lgs. 23 aprile 2004, n. 124.

Inoltre, considerato che la violazione dell'art. 3 del Decreto non è presidiata né da sanzione amministrativa né da sanzione penale, pare ipotizzabile la possibilità di adottare, nei confronti del datore di lavoro titolare del contratto postumo, un **provvedimento di disposizione** *ex* art. 14 D.Lgs. n. 124/2004 volto a imporre l'adeguamento dello stato di fatto allo stato di diritto. (29)

Nel dettaglio, tale provvedimento avrà ad oggetto l'ordine di adibire al lavoro il dipendente in misura conforme ai limiti di cui all'art. 3 del Decreto, salva comunque la possibilità di far ricorso al lavoro supplementare e/o a quello straordinario nel limite delle 48 ore settimanali, limite che - per quanto sopra specificato - deve intendersi riferito al cumulo.

Ciò significa, altresì, che nell'ipotesi in cui tale riduzione non sia possibile, perché la prima occupazione sia a tempo pieno o perché con le precedenti occupazioni già sia stato raggiunto il limite delle 40 ore, il provvedimento di disposizione potrà contenere l'ordine di non adibire al lavoro il dipendente, salvaguardando in tale modo la salute e la sicurezza dello stesso. (30)

(28) In materia di patto di prova la S.C. ha recentemente stabilito che «La clausola del contratto individuale con cui il patto di prova è fissato in un termine maggiore di quello stabilito dalla contrattazione collettiva di settore deve ritenersi più sfavorevole per il lavoratore e, come tale, è sostituita di diritto *ex* art. 2077, secondo comma, cod. civ., salvo che il prolungamento si risolva in concreto in una posizione di favore per il lavoratore, con onere probatorio gravante sul datore di lavoro» (Cass. civ., sez. lav., 26 maggio 2020, n. 9789, ord.; analogamente Cass. civ., sez. lav., 19 febbraio 2014, n. 3982. Per la giurisprudenza di merito cfr. Corte d'Appello Roma, sez. lav., 24 luglio 2019, n. 2352 e Trib. Milano, sez. lav., 10 giugno 2017, n. 1088)

(29) Sulla natura e sui limiti di utilizzo del potere di disposizione si veda P. Rausei, *Potere di disposizione e giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. prat. lav.*, 2022, 42, pagg. 2547 ss.

(30) Pur risultando tutte le prescrizioni del Decreto - ivi compresa quella sull'orario normale settimanale - strettamente ispirate ad esigenze di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, si ritiene che la fonte del provvedimento di disposi-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tale provvedimento ricalcherebbe le indicazioni già fornite dalla prassi con riferimento ad una ipotesi per certi versi assimilabile a quella in esame. (31)

Nella fattispecie rappresentata potrebbe trovare applicazione anche la diffida *ex* art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004. In particolare, quest'ultima potrebbe essere impartita qualora si ritenga che la riduzione dell'orario del contratto postumo - *ex* artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. per violazione del limite di cui all'art. 3 del Decreto - sia idonea a generare un'informativa non conforme all'art. 1 del D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 152 - come recentemente riformulato dal Decreto Trasparenza - e segnatamente la non corretta indicazione dell'orario di lavoro giornaliero che il lavoratore è tenuto a osservare nel corso dei giorni della settimana, fattispecie sanzionata dall'art. 4, comma 1, del D.Lgs. n. 152/1997.

Orario massimo, riposi e ferie

Invece, per quanto concerne il regime sanzionatorio in caso di **violazione** dell'**orario massimo di lavoro**, anche giornaliero, come pure delle disposizioni in materia di **riposi settimanali e** di **ferie** (32) - nella logica della riconduzione ad unità della pluralità di rapporti di lavoro contestuali determinata dalla necessità di fornire una effettiva tutela rispetto a beni di rilievo costituzionale - ai datori di lavoro interessati dal cumulo potrebbero applicarsi, *ex* art. 5 legge 24 novembre 1981, n. 689 (33), le **sanzioni amministrative previste dal Decreto** (34), sempre che, ovviamente, in capo agli stessi datori venga provata la consapevolezza di contribuire alla violazione dei limiti di legge. (35)

L'applicazione di tale regime sanzionatorio risulterebbe quindi condizionata dall'accertamento da parte dell'Organo ispettivo della condotta tenuta

zione in esame debba essere individuata nell'art. 14 D.Lgs. n. 124/2004 (che genericamente riguarda le irregolarità in materia di lavoro e di legislazione sociale), e non negli artt. 10 e 11 del D.P.R. 19 marzo 1955, n. 520 (che, invece, attengono specificamente alle irregolarità in materia di sicurezza e di igiene del lavoro). Infatti, l'art. 3 del Decreto definisce in via diretta la regola in tema di orario normale di lavoro e non attribuisce alcun margine di discrezionalità al personale ispettivo, pertanto - nel caso di specie - i citati articoli del D.P.R. n. 520/1955 parrebbero non applicabili. In proposito, giova riportare quanto sostenuto dal Ministero del Lavoro nella circolare del 27 febbraio 1996, n. 25 a mente della quale la disposizione di cui agli artt. 10 e 11 del D.P.R. n. 52071955 «può essere definita (…) come il provvedimento con il quale l'Organo di vigilanza (…) nell'esercizio di un potere discrezionale riconosciutogli, gli impone, nei casi espressamente previsti dalla legge e nei limiti da questa stabiliti, nuovi obblighi o divieti, che si aggiungono a quelli sanciti dal Legislatore con le norme di prevenzione dallo stesso emanate (…). La "disposizione" viene quindi essenzialmente in rilievo in presenza di quella particolare categoria di norme che rimettono alla valutazione discrezionale dell'Organo di vigilanza la determinazione di obblighi e comportamenti dovuti in aggiunta o in sostituzione di quelli stabiliti dal Legislatore. In presenza di questo particolare tipo di norme, è evidente che la violazione non sussiste prima dell'emanazione della "disposizione", dalla quale sola scaturiscono, con effetti costitutivi, obblighi penalmente o amministrativamente sanzionati, come si evince dall'art. 11 del Decreto legislativo in esame [n.d.r. D.Lgs. 19 dicembre 1994, n. 758], che ha sostituito l'art. 11 del D.P.R. 19 marzo 1955, n. 520». A riprova di quanto precede va rilevato che - sulla base dell'elencazione esemplificativa di cui alla lettera circolare 15 dicembre 2020, n. 4639 dell'Inl - i provvedimenti di disposizione per violazione dell'art. 8 del Decreto (che disciplina le pause) risultano emanabili sulla base dell'art. 14 D.Lgs. n. 124/2004. Pertanto, si può ragionevolmente ritenere che per l'Agenzia in parola, anche a fronte di qualsiasi altra irregolarità in tema di orario di lavoro (non sanzionata penalmente o amministrativamente), l'articolo di riferimento per l'esercizio del potere di disposizione da parte del personale ispettivo sia quello da ultimo citato.

(31) Ci si riferisce alla circolare 10 novembre 2009, n. 33, con la quale il Ministero del Lavoro ha stabilito che, pur non essendo adottabile il provvedimento di sospensione nei confronti delle "microimprese", in tali contesti lavorativi l'eventuale accertamento circa l'impiego di un lavoratore "in nero", «comporterà l'allontanamento del lavoratore stesso sino al momento in cui il datore non abbia provveduto a regolarizzale la posizione, anche e soprattutto sotto il profilo della sicurezza (…)».

(32) In proposito preme rilevare che il diritto alla fruizione dei riposi settimanali e il diritto alla fruizione delle ferie, rispettivamente regolamentati dall'art. 9 e dall'art. 10 del Decreto e costituzionalmente garantiti dall'art. 36, ultimo comma, Cost., verrebbero frustrati laddove, nell'ambito di un cumulo di rapporti, si riscontrasse il mancato contemporaneo godimento dei periodi di astensione dal lavoro di cui ai suddetti articoli rispetto a tutti i datori di lavoro coinvolti.

(33) Secondo la giurisprudenza di legittimità la previsione contenuta nell'art. 5 della legge n 689/1981 rende «applicabile la pena pecuniaria a tutti coloro che abbiano offerto un contributo alla realizzazione dell'illecito, concepito come una struttura unitaria, nella quale confluiscono tutti gli atti dei quali l'evento punito costituisce il risultato, anche se detti atti, atomisticamente considerati, possono non essere illeciti, sempre che sussista nei singoli partecipi la consapevolezza del collegamento finalistico dei vari atti e, cioè, la coscienza e volontà di portare un contributo materiale e psicologico alla realizzazione dell'illecito perseguito da tutti» (Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 2000, n. 1876; analogamente Cass. civ., sez. I, 19 luglio 2001, n. 9837).

(34) Le sanzioni connesse alla violazione delle disposizioni sull'orario massimo settimanale, sui riposi settimanali e sulle ferie sono previste dall'art. 18-*bis*, comma 3, del Decreto. La violazione dell'orario massimo giornaliero (*rectius*: del riposo giornaliero) di cui all'art. 7 del Decreto, risulta invece sanzionata dal comma 4 del succitato art. 18-*bis*.

(35) La cui individuazione, peraltro, nel caso di orario massimo settimanale, è tutt'altro che agevole atteso che le 48 ore di cui all'art. 4 del Decreto, come sopra già specificato, sono previste come media da calcolarsi con riferimento a un periodo non superiore a quattro mesi, con possibilità per la contrattazione collettiva di elevare tale periodo fino a dodici mesi. Inoltre, i datori di lavoro legati da una situazione di cumulo - in virtù dei diversi contratti collettivi applicati - potrebbero essere soggetti, relativamente all'orario in esame, a discipline non omogenee.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

delle parti nella conclusione dei contratti di lavoro (36) e nell'esecuzione delle relative prestazioni.
Naturalmente, il concorso in parola (e quindi la sanzionabilità a livello amministrativo dei datori coinvolti) non sarà mai configurabile qualora si ritenga che con l'art. 8 del Decreto Trasparenza, il Legislatore abbia inteso rendere possibile senza alcun limite - se non quello imposto dalle insopprimibili necessità fisiologiche - lo svolgimento di plurime attività da parte del medesimo lavoratore.

Conclusioni

Da quanto sopra emerge un quadro normativo incerto e frammentario che certamente non giova alla tutela di interessi preminenti per i lavoratori quali quelli dell'integrità fisio-psichca e della vita di relazione.
Al fine di garantire la dovuta tutela ai lavoratori impiegati negli stessi periodi presso più datori di lavoro, sarebbe pertanto opportuno un intervento del Legislatore volto a stabilire, in maniera chiara ed inequivocabile, i limiti di cumulabilità degli impieghi, le necessarie forme di coordinamento tra i diversi datori di lavoro coinvolti ed il connesso regime sanzionatorio, eventualmente prevedendo anche gli opportuni meccanismi di responsabilizzazione dei lavoratori che - ad oggi - non hanno alcun obbligo formale di informare i loro datori circa l'avvio di ulteriori attività, la sussistenza di pregressi rapporti di lavoro e gli orari di lavoro effettivamente svolti presso altri datori.

(36) In tale prospettiva, va rilevato che nessuna norma prevede espressamente l'obbligo per i datori di lavoro di informarsi sulla situazione lavorativa complessiva dei propri dipendenti anche se è prassi comune tra gli stessi datori quella di acquisire, prima dell'assunzione di un lavoratore, il Modello C2 storico di quest'ultimo, per verificare le tipologie di impiego pregresse e quelle in corso di esecuzione. D'altro canto, pare costituire condotta conforme a regola di correttezza e buona fede quella del lavoratore di informare in maniera completa ogni suo datore circa i rapporti di lavoro svolti parallelamente.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Previdenza e assistenza

Assicurazione Inail dei lavoratori dello spettacolo

Ernesto Murolo - Esperto in materia previdenziale

L'assoggettamento all'obbligo assicurativo contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei lavoratori del mondo dello spettacolo presso l'Inail, ha sempre presentato considerevoli difficoltà applicative che, in mancanza di specifiche previsioni normative, sono state quasi sempre affrontate e risolte, anche di recente, a seguito degli innumerevoli, quanto rilevanti interventi della Magistratura, e segnatamente della Suprema Corte di Cassazione.
Molte, e diverse sono state le motivazioni che hanno concretizzato nel tempo le difficoltà attuative dell'assicurazione, ma si può affermare che quasi sempre erano da attribuire alle **connotazioni lavoristiche** del tutto **particolari**, date dalla presenza di attività lavorative che, non sempre unanimemente riconosciute come tali, venivano indifferentemente svolte, sia da singoli soggetti, che da gruppi o intere categorie di lavoratori, estremamente eterogenee tra loro.
La riluttanza dei datori di lavoro dello spettacolo ad assicurare all'Inail i propri collaboratori, fondata sull'interpretazione della normativa vigente, ha spesso dato luogo a lunghi e defatiganti contenziosi che, quando sono arrivati in Cassazione, hanno consentito alla suprema Corte di affermare regole e principi che, fatti propri e attuati dall'Inail, sono poi diventati basilari nella concreta gestione dell'assicurazione infortunistica di queste attività e di questi lavoratori.
In ogni caso, la materia del contendere era sempre e comunque da rinvenire nell'interpretazione delle norme in tema di ricorrenza dell'obbligo assicurativo Inail che, com'è noto, non coinvolge in modo generalizzato la totalità dei lavoratori, ma ricorre soltanto quando i soggetti risultano in possesso degli specifici requisiti espressamente previsti dalla legge.

Obbligo assicurativo Inail

Il campo d'applicazione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, gestita in regime di esclusività dall'Inail ai sensi del D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 e smi, è da sempre stabilito, e nello stesso tempo rigorosamente delimitato direttamente dalla legge.
Difatti possono, anzi devono essere assicurati all'Inail, soltanto coloro per i quali risultano contemporaneamente verificate le **condizioni di assicurabilità** di legge, costituite da una:
• ***condizione oggettiva***, data dallo svolgimento di una delle *attività protette,* alle quali l'art. 1 del D.P.R. n. 1124/1965, prescindendo dal senso comune, riconosce la *presunzione legale di esistenza di un rischio professionale da tutelare*, quando comportano l'utilizzo di macchine, apparecchi o impianti, nonché delle specifiche 28 attività comprese nell'elenco tassativo previsto, che sono da assicurare anche se vengono svolte senza l'uso di macchine, apparecchi o impianti;
• ***condizione soggettiva***, data dallo *status* lavoristico dei soggetti che svolgono le attività protette, da assicurare solo se rientrano nei canoni di cui all'art. 4 del D.P.R. n. 1124/1965 e agli artt. 4, 5 e 6 del D.Lgs. n. 38/2000.
Ne consegue che soltanto chi è in possesso di **entrambi** tali **requisiti** deve essere **obbligatoriamente assicurato** contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali presso l'Inail; mentre chi manca anche uno solo dei due requisiti non può essere assicurato, nemmeno se lo vuole: tra questi ultimi soggetti sono da annoverare i lavoratori autonomi, cui manca il requisito soggettivo di legge.

Spettacolo e lavoratori dello spettacolo

Si è accennato all'estrema eterogeneità e alle diversità che caratterizzano, sia le attività che i la-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

voratori che operano nel mondo dello spettacolo, tant'è che il Legislatore, fino dalla metà del secolo scorso (art. 3 del D.Lgs. C.p.S. n. 708/1947), aveva avvertito la necessità di individuarli e classificarli in macrocategorie di figure professionali, sebbene ai soli fini della ricorrenza dell'obbligo di iscrizione all'Enpals, l'Ente che amministrava le gestioni previdenziali della categoria, di cui si dirà in seguito.
Nel tempo l'elenco è stato più volte aggiornato, da ultimo con il **D.M. 15 marzo 2005,** che ha esteso il novero dei soggetti all'obbligo contributivo Enpals anche a figure che in origine non ne facevano parte, senza però elaborare mai una nozione ufficiale di "lavoratore dello spettacolo", tanto è vero che, come di solito accade, è stata la **giurisprudenza** che, quando è stata chiamata a trattare la materia, ha tentato di elaborarne una nozione, partendo dall'assunto che costituiscono "**spettacolo**" «le manifestazioni finalizzate a rappresentare, al cospetto di un pubblico, un testo letterario o musicale, con personale abilità degli interpreti, rivolte a provocare il divertimento, in senso culturalmente ampio, degli spettatori» (Cass. civ., sez. lav., 15 giugno 1992, n. 7323 e Cass. civ., sez. lav., 29 agosto 2002, n. 12691), non necessariamente "dal vivo", ma pure attraverso prodotti artistici che raggiungano i destinatari finali anche indirettamente, ad esempio tramite Cd-Rom o altre riproduzioni audio-video.
Quanto alla nozione di "**lavoratori dello spettacolo**", la corrente giurisprudenziale prevalente li definisce come coloro che, direttamente (l'attore teatrale), mediatamente (l'attore di un film) o indirettamente (come l'elettricista che lavora per uno spettacolo), forniscono il proprio contributo alla rappresentazione, e stabilmente e professionalmente, anche se con compiti ausiliari, svolgono attività, anche secondarie, ma comunque dirette alla realizzazione dello spettacolo (Cass. civ., sez. lav., n. 12691/2002).

Categorie e rapporti di lavoro

Sempre ai fini della ricorrenza dell'obbligo contributivo previdenziale Enpals, il D.M. 15 marzo 2005 ha riqualificato e aggiornato le **tre macrocategorie** di lavoratori dello spettacolo:
A. che prestano **a tempo determinato** attività artistica o tecnica direttamente connessa con la produzione e la realizzazione di spettacoli, contesto nel quale figurano figure professionali abbastanza recenti, quali, ad esempio: i *disc-jockey* e gli animatori in strutture turistiche e di spettacolo; i light designer e i cassieri di produzione; i fotomodelli e i location manager; i consulenti assistenti musicali e gli amministratori di formazioni artistiche; i maestri d'armi e gli *story board artist*; i bozzettisti; ecc.;
B. che prestano **a tempo determinato** la loro attività al di fuori delle ipotesi previste al punto precedente quali, ad esempio: i prestatori d'opera addetti alle sale da corsa e alle agenzie ippiche; gli artieri ippici; gli operatori di cabine di sale cinematografiche; gli impiegati amministrativi e tecnici dipendenti dagli enti ed imprese esercenti pubblici spettacoli, dalle imprese radiofoniche, televisive o di audiovisivi, dalle imprese della produzione cinematografica, del doppiaggio e dello sviluppo e stampa; ecc.
C. con rapporti di lavoro **a tempo indeterminato** , che tuttora comprende i lavoratori appartenenti alle categorie già elencate nell'art. 3 del D.Lgs. C.p.S. 16 luglio 1947, n. 708, così come modificato dalla legge n. 2388/1952 e smi.
Come si vede, nel settore dello spettacolo possono costituirsi **rapporti di lavoro in forma subordinata, parasubordinata e autonoma**, che presentano alcune **peculiarità** rispetto agli altri analoghi rapporti di lavoro.
Infatti, per **lavoro subordinato** in questo campo si intende **ogni manifestazione di lavoro dipendente, anche flessibile** (ad esempio, il lavoro a chiamata o con finalità formative), e il contratto individuale di lavoro subordinato, che può essere, sia a tempo indeterminato che a termine, è definito di "**scrittura artistica**", e ha lo scopo di costituire un vincolo giuridico, che per il datore di lavoro si traduce nell'obbligo di pagare la retribuzione, mentre per il lavoratore in quello di fornire la prestazione artistica pattuita.
Nel **lavoro autonomo**, invece, è compresa qualsiasi tipologia di lavoro che non sia di tipo subordinato, fermo restando che la qualificazione di un rapporto come autonomo o subordinato si fonda sul suo effettivo e concreto svolgimento (Cass. civ., sez. lav., 28 novembre 1998, n. 11885).
Nel settore dello spettacolo, le principali figure di **datori di lavoro** sono costituite dagli imprenditori (c.d. "***impresari o produttori***") che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata, volta alla produzione di servizi, com'è

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

il caso, ad esempio: dei produttori di pellicole cinematografiche; degli enti lirici; dei teatri sociali e comunali; delle compagnie e degli impresari di spettacoli di prosa; dei pubblici esercizi con orchestre o spettacoli; dei titolari o gestori di locali notturni e, in genere, di chiunque assume alle proprie dipendenze personale artistico e tecnico per la produzione e realizzazione di spettacoli da tenersi in luogo pubblico o privato.
Ma tra i datori di lavoro rientrano anche le **organizzazioni a struttura non imprenditoriale**, quali i semplici datori di lavoro che non realizzano un'attività economica organizzata (ad esempio, gli enti pubblici musicali) o che, pur svolgendola, la esercitano saltuariamente, e senza il carattere della professionalità; nonché le imprese che prestano servizi collegati al settore dello spettacolo, come, ad esempio, le case di sviluppo e stampa delle pellicole cinematografiche, le sale di doppiaggio, i teatri, i cinema, ecc.
I Ccnl di categoria prevedono varie **forme di retribuzione** dei lavoratori dello spettacolo che, *per quanto riguarda gli artisti*, vedono le più comuni assumere la forma: *a tempo*, cioè con diretto riferimento alla durata della prestazione; *a posa*, *a prestazione* o *a cachet*, commisurate al numero delle scene o delle rappresentazioni da effettuare; ovvero *a forfait*, intesa come compenso globalmente riconosciuto.
Per le qualifiche non artistiche, invece, la retribuzione può essere stabilita in tutto o in parte a cottimo o in natura, come nel caso del c.d. "*cestino*" sostitutivo del pasto, che è previsto dal Ccnl della cinematografia (addetti alle *troupe*).

Previdenza Enpals

L'attività dell'artista, e del lavoratore dello spettacolo in genere, è di norma caratterizzata dalla **molteplicità** dei **datori di lavoro**, da un'elevata mobilità, ma, soprattutto, dalla **marcata discontinuità di occupazione**, che porta a una tendenziale precarietà, anche per tempi lunghi.
Tali elementi hanno costituito la ragione della previsione di una speciale forma di assicurazione gestita per molto tempo dall'**Enpals** - Ente Nazionale di Previdenza e di Assistenza per i Lavoratori dello Spettacolo - fino a che, **dal 1° gennaio 2012**, tale Ente è stato soppresso (D.L. n. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011), con trasferimento delle relative competenze alla «*Gestione spettacolo e sport* ex *Enpals*» dell'Inps, che le amministra nell'ambito della previdenza sostitutiva dell'Assicurazione generale obbligatoria.
Tutto questo, però, non ha intaccato le più importanti regole e le funzionalità previgenti, per cui l'iscrizione all'Enpals è sempre individuale, e, di conseguenza, ogni *performer* (musicista, attore, ballerino, ecc.) che offre determinate prestazioni artistiche, professionali (cioè retribuite) o amatoriali (cioè gratuite), deve avere una propria posizione Enpals, ed essere in possesso del "**certificato di agibilità**", la cui richiesta è di norma a carico del datore di lavoro, dell'organizzatore della manifestazione o della struttura idonea ad offrire tali servizi.

Assicurazione Inail

Da quanto trattato finora, è agevole dedurre che, mentre per affermare l'obbligo dell'iscrizione di una categoria di lavoratori dello spettacolo all'Inps *ex* Enpals è necessario uno specifico intervento normativo, per verificare l'esistenza dell'obbligo dell'assicurazione di tali lavoratori contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali presso l'Inail è sufficiente solo verificare, caso per caso, la sussistenza delle condizioni oggettive e soggettive di assicurabilità citate in premessa.
In verità, riguardo all'assicurazione Inail dei lavoratori dello spettacolo dal **punto di vista oggettivo**, è da dire che l'**art. 1** del **D.P.R. n. 1124/1965** l'ha sempre tenuta in debito conto, tant'è che al comma 3, n. 27), afferma la presunzione legale di rischiosità professionale delle attività di «(…) allestimento, la prova o l'esecuzione di pubblici spettacoli, per l'allestimento o l'esercizio dei parchi di divertimento (…)», dando così per verificata la condizione oggettiva di assicurabilità.
Pertanto, tutti i lavoratori dello spettacolo in possesso anche del requisito soggettivo di assicurabilità, ad esempio i dipendenti subordinati, sono da sempre stati assicurati in modo indubbio e incontestabile all'Inail, quando eseguono mansioni operaie, tecniche o anche artistiche, che comunque comportano l'utilizzo di macchine o apparecchi elettrici o elettronici. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'orchestrale o al musicista che

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

utilizza strumenti elettrici, tastiere elettroniche, sintetizzatori, ecc.
Ma questa valutazione, obsoleta e piuttosto limitativa, lasciava fuori dalla tutela infortunistica obbligatoria tutta una serie di altri lavoratori dello spettacolo che, stando al disposto di cui all'art. 1, comma 3, n. 27) del D.P.R. n. 1124/1965, potevano invece rientrarvi, visto che con le loro attività partecipano comunque all'allestimento, alla prova o all'esecuzione di pubblici spettacoli.

Evoluzione nel tempo

Ed è stato proprio sull'interpretazione di questa norma dal contenuto forse troppo ampio, che nel tempo sono sorti defatiganti **contenziosi giudiziari** che hanno portato all'emissione di "*storiche*" pronunce da parte della Magistratura, che hanno poi fatto stato addirittura ai fini dell'assicurazione Inail in generale.
La prima, ormai storica sentenza intervenuta a proposito dell'assicurazione all'Inail dei lavoratori dello spettacolo è quella con cui la Corte costituzionale (n. 137 del 21 marzo 1989) dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3, n. 27), del D.P.R. n. 1124/1965 nella parte in cui non comprendeva, tra i dipendenti subordinati soggetti all'assicurazione obbligatoria, i **ballerini ed i tersicorei**, cioè i c.d. "*ballerini di fila*", addetti all'allestimento, alla prova e all'esecuzione di pubblici spettacoli.
Con questa pronuncia, recepita e attuata dall'Inail con la circolare n. 1/1990, la Corte, oltre a statuire la sussistenza dello specifico obbligo assicurativo per i ballerini e i tersicorei, affermava, soprattutto, il principio per cui *i movimenti del corpo e la gestualità* sono da considerare a pieno titolo assimilabili alla "*manualità*" delle prestazioni richiesta agli altri lavoratori per comportarne l'assicurazione. E ciò sia quando, alle dipendenze di datori di lavoro pubblici o privati svolgono attività artistiche in senso stretto (ad esempio: lirica, operistica, teatrale, ecc.), sia quando, alle dipendenze di aziende di pubblici esercizi (ad esempio: ristoranti, caffè-concerto, *dancing*, discoteche, ecc.), si esibiscono in spettacoli di arte varia, attrazioni, ecc.
La seconda, altrettanto storica sentenza che ha inciso sulla ricorrenza dell'obbligo assicurativo Inail per i lavoratori dello spettacolo, è senz'altro quella con cui la suprema Corte di Cassazione (S.U. 14 aprile 1994, n. 3476) affermò l'esistenza di un "**rischio ambientale**", del quale bisognava tenere conto ai fini della determinazione dell'esistenza o meno del rischio professionale e del conseguente obbligo assicurativo Inail.
Con questa pronuncia, recepita e attuata dall'Inail con la circolare n. 24/1994, la Corte riaffermò il principio per cui "a *parità di rischio deve corrispondere parità di tutela"*, e dispose che anche coloro che non erano direttamente addetti alle macchine, apparecchi o impianti, ma che per l'espletamento delle loro mansioni operano negli ambienti organizzati in cui tali attrezzature sono installate e funzionano, anche in via transitoria, il rischio professionale costituito dall'oggettiva "*pericolosità*" dell'ambiente, si estende e grava pure su costoro, e questo, sia a prescindere dalla qualifica professionale rivestita (dirigenziale, impiegatizia od operaia), sia dall'attività esclusivamente intellettuale prestata, senza diretto contatto con le fonti di rischio.
Ma, nonostante tutto questo, rimanevano ancora esclusi dall'obbligo, e quindi dalla copertura assicurativa previdenziale Inail, i lavoratori dello spettacolo che agivano in qualità di **lavoratori autonomi** (imprenditori individuali; liberi professionisti; lavoratori autonomi occasionali; soggetti in possesso di partita Iva; artigiani; artisti; ecc.), direttamente per conto dei clienti e/o committenti, esercitando quindi in proprio, senza nessuna soggezione gerarchica o disciplinare, e svincolati da qualsivoglia datore di lavoro.

I più recenti assicurati

Allo scopo di ovviare a questa evidente discrasia assicurativa, che creava disparità di trattamento tra lavoratori subordinati e autonomi dello spettacolo, sono di recente intervenute alcune disposizioni legislative che, oltre ad affrontare e regolarizzare specifiche situazioni, hanno anche lo scopo di risolvere e definire a livello normativo alcuni annosi contenziosi ancora pendenti.
Infatti, l'**art. 66** del **D.L. n. 73/2021**, convertito in legge n. 106/2021, intitolato «Disposizioni urgenti in materia di previdenza e assistenza nel settore dello spettacolo» è di recente intervenuto ad apportare rilevanti innovazioni in tema di obbligo assicurativo contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali presso l'Inail dei lavoratori dello spettacolo, da attuare ai sensi del D.P.R. n. 1124/1965 e smi.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Lavoratori autonomi dello spettacolo

L'**art. 66, comma 4**, del **D.L. n. 73/2021**, convertito in legge n. 106/2021, ha esteso, a far tempo **dal 1° gennaio 2022**, l'obbligo assicurativo contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali anche ai **lavoratori autonomi dello spettacolo,** iscritti all'apposito Fondo pensioni amministrato dall'Inps.
La norma, che è intervenuta a sanare *ipso iure* un altro aspetto delle annose diatribe e dei fraintendimenti interpretativi circa la ricorrenza dell'obbligo assicurativo Inail nel mondo dello spettacolo, è stata emessa in deroga, e quale eccezione alla normativa vigente in tema di assicurazione infortuni che, come detto, esclude dalla tutela i lavoratori autonomi, causa la carenza del requisito soggettivo di assicurabilità.
Le concrete modalità attuative della tutela infortunistica per i nuovi assicurati sono state stabilite con il **D.M. 22 gennaio 2022**, e l'**Inail**, con la **circolare 24 febbraio 2022, n. 11**, ha emanato le direttive e le pratiche istruzioni per l'applicazione della tutela ai lavoratori autonomi dello spettacolo prima esclusi, e ciò indipendentemente dalla qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato; parasubordinato, cioè di collaborazione coordinata e continuativa; autonomo o di socio lavoratore di società.

Condizioni assicurative

I lavoratori autonomi dello spettacolo da assicurare obbligatoriamente all'Inail dal 1° gennaio 2022 sono quelli compresi nei gruppi A, B e C del D.M. 15 marzo 2005, che impone l'obbligo di iscrizione al Fondo pensioni dei lavoratori dello spettacolo presso l'Inps, e dei quali si è detto in precedenza; ma anche coloro che prestano attività di insegnamento o formazione, attività promozionali, ovvero effettuano esibizioni musicali dal vivo (cfr. § 2 e 3 della circolare Inail n. 11/2022).
L'**obbligo** e **l'onere assicurativo** nei confronti dei lavoratori autonomi dello spettacolo è a **totale carico dei committenti e delle imprese** presso cui prestano la loro opera, che sono considerati datori di lavoro a norma di legge, e quindi tenuti agli stessi adempimenti, tra i quali la presentazione delle denunce di infortunio e il pagamento dei premi, e soggetti, nei casi di inadempienze, al medesimo sistema sanzionatorio.
La **copertura assicurativa Inail** dei lavoratori autonomi dello spettacolo dal 1° gennaio 2022 è **completa**, e comprende quindi anche gli "*infortuni in itinere*", da valutare con le consuete regole e modalità, pure quando si utilizza un mezzo privato ("*necessitato*"), ovvero quando la prestazione è svolta in trasferta.
Da notare che la circolare Inail n. 11/2022, nel precisare che i lavoratori autonomi dello spettacolo spesso operano per più committenti contemporaneamente, e quindi rendono le loro **prestazioni in più luoghi di lavoro nella stessa giornata**, dispone su quale dei committenti interessati ricade, a seconda dei vari casi di infortuni *in itinere*, l'obbligo dell'inoltro telematico della denuncia di infortunio all'Inail.
L'assicurazione Inail dei lavoratori autonomi dello spettacolo si attua mediante i **premi ordinari**, da calcolare in base alle retribuzioni degli assicurati, pari all'ammontare dei compensi percepiti nell'anno solare, nel rispetto del minimale retributivo giornaliero in vigore (per l'anno 2023 pari a € 53,95), e ai **tassi** delle Voci di rischio che le vigenti Tariffe dei premi approvate con il D.M. 27 febbraio 2019, prevedono per le attività svolte e assicurate.
Quanto all'**inquadramento tariffario** dei committenti o imprese assicuranti, datrici di lavoro ai fini Inail, ma non inquadrate dall'Inps nelle ordinarie gestioni, bensì nella specifica gestione *ex* Enpals, si applicano all'Inail gli ordinari criteri previsti per la generalità dei datori di lavoro, per cui: la produzione di spettacoli, va inquadrata all'Inail nella gestione "*Industria*"; le attività artistiche, nella gestione "*Terziario*"; mentre gli assicuranti che non rientrano nei canoni di cui all'art. 49, comma 1, della legge n. 88/1989 (ad esempio, i Comuni), vanno inquadrati nella gestione "*Altre attività*".
Per ciò che concerne la **classificazione tariffaria** delle attività svolte dai lavoratori autonomi dello spettacolo, si applicano i riferimenti relativi alle prestazioni artistiche rese nell'ambito della produzione di spettacoli, rispettivamente alle **Voci 0511, 0512, 0530 e 0541** della gestione Industria, o a quelle corrispondenti delle altre gestioni tariffarie, come meglio specificato dall'Inail (cfr. Inail, circolare n. 11/2022).
In caso di infortunio o malattia professionale, i lavoratori autonomi dello spettacolo hanno diritto alle medesime **prestazioni economiche, sanita-**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rie e sociosanitarie, tra cui le cure integrative, riabilitative, l'assistenza protesica, gli interventi di sostegno per il reinserimento lavorativo e nella vita di relazione, nonché le prestazioni integrative previste per tutti gli altri lavoratori assicurati all'Inail.

Fondazioni lirico-sinfoniche

L'art. 66, comma 5, del citato D.L. n. 73/2021 ha statuito e introdotto a livello legislativo l'estensione, a far tempo **dal 25 luglio 2021**, dell'**obbligo assicurativo Inail** nei confronti del personale orchestrale dipendente dalle Fondazioni lirico-sinfoniche di cui al D.Lgs. n. 367/1996 e alla successiva legge n. 310/2003.
Nello specifico, i successivi commi 5-*bis* e 5-*ter* dello stesso art. 66, contengono anche specifiche disposizioni finalizzate alla definizione di situazioni assicurative e contributive pregresse riguardanti i contenziosi che alcune fondazioni lirico-sinfoniche avevano ancora in atto con l'Inail, sia riguardo a premi arretrati da pagare, che a prestazioni già erogate o da erogare, nonché alla definizione degli eventuali procedimenti giudiziari tuttora pendenti.
La norma, nell'affermare una **presunzione legale di rischiosità professionale** delle attività lavorative svolte dagli orchestrali, compresi quelli che operano all'interno del c.d. "*golfo mistico*", e a prescindere da qualsiasi contrario accertamento circa la reale esistenza del rischio ambientale, ne introduce per legge l'obbligo dell'assicurazione antinfortunistica presso l'Inail, dichiarando nel contempo «***estinti d'ufficio***» gli eventuali **giudizi ancora pendenti** tra l'Inail e le fondazioni lirico sinfoniche, con «*compensazione tra le parti delle relative spese legali*», mentre restano privi di ogni effetto i provvedimenti emessi, ma «*non ancora passati in giudicato*».
L'**Inail**, inoltre, con la **circolare n. 6/2022**, ha ritenuto che le soprarichiamate disposizioni, emesse a proposito delle fondazioni lirico-sinfoniche, fossero estensibili e utilizzabili per risolvere anche altre analoghe questioni interpretative che hanno riguardato altre orchestre, come, ad esempio, le ***Istituzioni concertistiche-orchestrali (ICO)*** di cui all'art. 28, comma 2, della legge n. 800/1967, che hanno il compito di promuovere, agevolare e coordinare le attività musicali nel territorio delle rispettive province.
Pertanto, anche l'eventuale contenzioso amministrativo o giudiziario tuttora pendente con queste istituzioni deve essere definito applicando le disposizioni di cui all'art. 66, commi 5, 5-*bis* e 5-*ter* del D.L. n. 73/2021 convertito in legge n. 106/2021.

Condizioni assicurative

Come disposto dall'**Inail** con la **circolare 20 gennaio 2022, n. 6**, i soggetti sui quali incombe l'obbligo e l'onere assicurativo nei confronti di questi lavoratori sono le fondazioni lirico-sinfoniche datrici di lavoro, e la tutela opera per gli **infortuni occorsi e le malattie professionali denunciate** a partire **dal 25 luglio 2021**, mentre per i soggetti già assicurati in base alle disposizioni previgenti, l'assicurazione opera senza soluzione di continuità sulla base della decorrenza dei rapporti assicurativi già in essere.
La stessa circolare Inail dispone inoltre che restano salvi e conservano la loro efficacia gli eventuali rapporti assicurativi già instaurati, i premi assicurativi versati e le prestazioni erogate prima nel 25 luglio 2021 che, se hanno formato oggetto di contenzioso, comportano ora il pagamento dei premi pregressi, senza sanzioni né interessi, ma soltanto se nel periodo sono avvenuti degli infortuni sul lavoro o delle malattie professionali.
Quanto ai **riferimenti tariffari** da adottare per l'assicurazione dei nuovi assicurati, la circolare Inail precisa che, siccome le fondazioni lirico-sinfoniche sono inquadrate all'Inps nella **gestione Industria,** è questa la Tariffa dei premi approvata con il D.M. 27 febbraio 2019 che va applicata ai fini Inail, all'interno della quale le attività svolte dal personale orchestrale sono da classificare alla **Voce 0541**, che comprende anche le eventuali attività di vendita e somministrazione nei locali di spettacolo di generi alimentari e bevande, ma solo quando queste attività non sono svolte a sé stanti o per conto terzi.

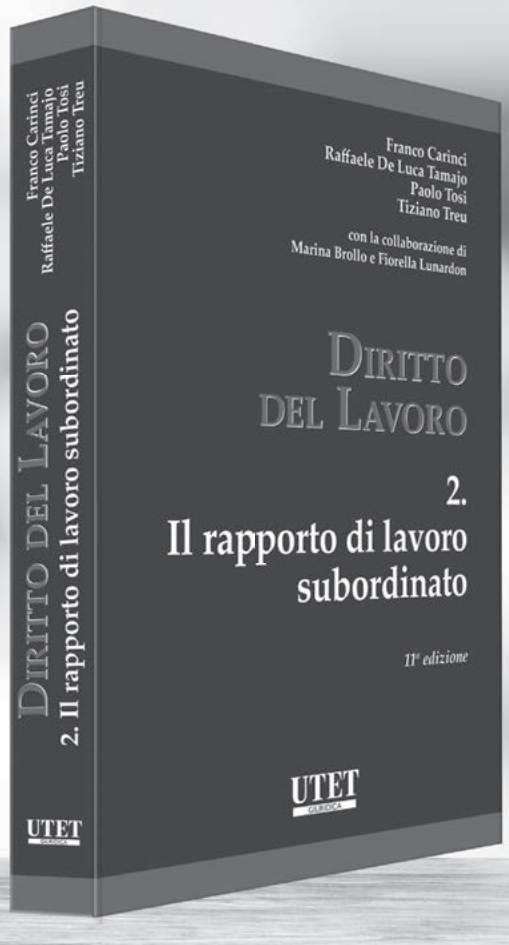
Statalizzazione di Istituti e Accademie

Nell'ambito dei recenti, numerosi interventi legislativi in tema di spettacolo e di lavoratori dello spettacolo, si può certamente far rientrare, a pieno titolo, anche la **statalizzazione**, cioè la trasformazione, a domanda, in enti statali, e quindi il passaggio alla diretta amministrazione dello Stato, di alcuni **Istituti superiori musicali** non

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

statali e di talune **Accademie di belle arti** non statali.
Il lungo processo di statalizzazione di queste Istituzioni, iniziato con il D.L. n. 50/2017, convertito in legge n. 96/2017, si è da poco concluso con il **D.M. 14 ottobre 2022** col quale il Ministero dell'Università e della Ricerca (Mur) - ha disposto, a far tempo **dal 1° gennaio 2023**, la statalizzazione di n. 17 Istituti superiori di studi musicali e n. 5 Accademie di Belle Arti legalmente riconosciute, che sono diventate ufficialmente delle istituzioni dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica di Stato.
Per quanto attiene all'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei **dipendenti** e **collaboratori** di tali **nuove Istituzioni statali**, l'**Inail**, con la **nota 14 febbraio 2023, n. 1598**, nel fornire alle proprie Sedi l'elenco dei Conservatori e delle Accademie interessate, ha disposto il passaggio, **dal 1° gennaio 2023**, *dal regime assicurativo ordinario* di cui al D.P.R. n. 1124/1965, **alla *gestione per conto dello Stato*** di cui agli artt. 127 e 190 dello stesso Decreto, con la cessazione dei Codici ditta in corso alla data del 31 dicembre 2022 e la conseguente regolarizzazione del premio con l'ultima autoliquidazione 2022/2023.
Ed è appena il caso di rammentare che, mentre il *regime ordinario* comporta per i singoli datori di lavoro l'iscrizione, l'apertura delle PAT e il versamento dei premi all'Inail, con la *gestione per conto* è invece il Ministero competente che, avvalendosi della struttura dell'Inail, gestisce l'assicurazione contro gli infortuni, ma non si iscrive, non apre PAT e non paga i premi all'Istituto assicuratore, ma si limita soltanto a rimborsargli il controvalore delle prestazioni eroga per suo conto ai dipendenti statali infortunati e tecnopatici, maggiorato di un modesto aggio fissato per legge quale compenso per il servizio prestato.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Diritto del Lavoro

Il rapporto di lavoro subordinato

di Franco Carinci, Raffaele De Luca Tamajo Paolo Tosi, Tiziano Treu

Con i suoi oltre 30 anni di storia, è oggi il Manuale più venduto e adottato e rappresenta un tassello imprescindibile nella biblioteca dei 'lavoristi'.

E' aggiornato alle novità del 2022: la riforma dell'art. 41 cost., l'emergenza pandemica, le sentenze della Corte costituzionale sui licenziamenti, fino ai recentissimi decreti legislativi n. 104 (Trasparenza), 105 (Conciliazione) e ministeriale n. 149 (Smart Working).

Y53OMBN

Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Contenzioso del lavoro

Licenziamento per GMO: evoluzione delle tutele

Stefano Canali De Rossi - Avvocato

La **Riforma Fornero** (legge 28 giugno 2012, n. 92) ha di fatto ristretto ad ipotesi totalmente residuali le possibilità per il Giudice del lavoro che avesse dovuto applicare il "nuovo" art. 18 della legge n. 300/1970, di reintegrare nel posto di lavoro il dipendente illegittimamente licenziato con riferimento ad aziende con più 15 dipendenti nel Comune interessato ovvero con più di 60 lavoratori subordinati in tutta Italia.

Tale affermazione era valida, a maggior ragione, per il **licenziamento** intimato **per giustificato motivo oggettivo** - in particolare, per quello c.d. "***economico***", trattato nel presente approfondimento - nel quale all'entrata in vigore della citata riforma, di fronte alla palese illegittimità dello stesso, il **lavoratore** per poter sperare d'essere **reintegrato** nel posto di lavoro, doveva augurarsi che si verificassero congiuntamente le seguenti valutazioni e/o scelte da parte del Magistrato adito: ***1)*** ritenesse **manifestatamente insussistente il fatto** che era stato posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo ; ***2)*** una volta persuaso della manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo posto a base del licenziamento, decidesse comunque discrezionalmente di applicare al caso in esame la **reintegrazione** c.d. "***attenuata***" nel posto di lavoro (con un massimo di 12 mensilità di risarcimento) e non, invece, la tutela meramente indennitaria, consistente nel dichiarare risolto il rapporto di lavoro con la condanna della parte datoriale a corrispondere un indennizzo oscillante tra 12 e 24 mensilità di retribuzione globale di fatto («Può altresì applicare la medesima disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto (…)»).

Successivamente, è intervenuto il **D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23** che ha disciplinato il c.d. "***contratto a tutele crescenti***" applicabile solo ai **lavoratori assunti dalla sua entrata in vigore** (7 marzo 2015) mentre per coloro che erano stati assunti in precedenza vale la disciplina di cui al predetto art. 18 della legge n. 300/1970.

Il contratto a tutele crescenti ha previsto originariamente per il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo - in aziende che abbiano più di 15 dipendenti nell'unità produttiva o nel medesimo Comune ovvero più di 60 in tutta Italia (1) - per il quale sia stato accertato dal Giudice del lavoro che non ne ricorrevano gli estremi, un risarcimento da 4 a 24 mensilità, ancorandolo, peraltro, all'anzianità di servizio e precisando all'art. 3 del suddetto decreto legislativo, che sarebbe stato pari a «due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità».

La nuova disciplina, che si applicava ai c.d. "***nuovi assunti***", non faceva peraltro differenze nelle tutele tra le varie tipologie di vizi che potevano afferire al licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo.

Ovviamente anche nell'ambito di questa nuova disciplina, al pari di ciò che valeva per i "vecchi assunti" ai quali trovava e trova sempre applicazione l'art. 18 della legge n. 300/1970 come modificato dalla Riforma Fornero, restava - e resta - sempre aperta la residuale possibilità, in caso di licenziamento formalmente intimato per giustificato motivo oggettivo, di accedere alla tutela più forte e cioè a quella in vigore precedentemente alla Riforma Fornero (reintegrazione nel posto di lavoro e risarcimento con tutte le mensilità sino al rientro in servizio), qualora gli stessi lavoratori

(1) Art. 1, comma 3, D.Lgs. n. 23/2015.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

licenziati fossero riusciti a provare (2) il reale **intento discriminatorio e/o ritorsivo del licenziamento intimato per motivo oggettivo** rivelatosi meramente apparente.
La disciplina succintamente indicata per le tutele afferenti il licenziamento per giustificato motivo illegittimo e rispettivamente previste per "*vecchi*" e successivamente per i "*nuovi*" assunti all'entrata in vigore delle due suddette riforme, si è però sensibilmente modificata nel corso di questi ultimi anni; ciò è avvenuto in primo luogo per gli interventi del Legislatore e della Corte Costituzionale nonché - in particolare per l'art. 18 così come modificato dalla Riforma Fornero - anche per la sapiente opera di interpretazione giurisprudenziale posta in essere dalla Suprema Corte di Cassazione.
Vediamo, pertanto, quale sia oggi il quadro delle tutele per entrambe le categorie dei lavoratori qualora vengano licenziati per un giustificato motivo oggettivo ritenuto illegittimo dal Giudice adito.
Iniziamo peraltro la nostra disamina da quelle che sono oggi le tutele per i c.d. "*nuovi assunti*" e cioè per coloro che sono stati assunti a partire dalla data del 7 marzo 2015; gli interventi sulla nuova disciplina di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 23/2015 sono stati infatti meno rilevanti di quanto accaduto per l'art. 18 legge n. 300/1970 ed il quadro attuale necessita pertanto di un minor approfondimento.

Lavoratori assunti dal 7 marzo 2015

La prima **modifica al D.Lgs. n. 23/2015** è della metà dell'anno 2018; (3) il Legislatore, infatti, pur lasciando inalterato il meccanismo delle tutele crescenti, aumentava complessivamente il numero di mensilità che andavano riconosciute al lavoratore illegittimamente licenziato, sostituendo all'**art. 3**, **comma 1**, le parole «non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità» con le seguenti: «non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità».
L'intervento del Legislatore andava ad aumentare sia il ***quantum* del risarcimento** ottenibile dal lavoratore - c.d. "*nuovo assunto*" - che avesse avuto meno di 3 anni di servizio, portando il minimo che il Magistrato poteva riconoscere in caso di licenziamento illegittimo, da 4 a 6 mensilità; inoltre andava ad aumentare (ma per un futuro niente affatto prossimo, visto che parliamo di lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015) il risarcimento ottenibile dai lavoratori che avessero avuto più di 12 anni di servizio; veniva portato il massimo ottenibile per legge (l'aumento riguardava il lavoratore che avesse avuto da 13 a 18 anni di anzianità e quelli oltre i 18, ovviamente) da chi fosse stato licenziato illegittimamente, dall'originario tetto di 24 mensilità a quello 36 mensilità di retribuzione mensile presa a base per il calcolo del Tfr.
L'intervento normativo sopra descritto aveva però lasciato **invariato il sistema** previsto originariamente col D.Lgs. n. 23/2015 per il numero delle mensilità che il Giudice avrebbe dovuto riconoscere in caso di **licenziamento accertato come illegittimo**: l'**attribuzione** del numero di **mensilità** era **automatica** e **senza** alcuna **discrezionalità** da parte del Giudice di merito per quanto atteneva all'entità del risarcimento del danno: **2 mensilità per ogni anno, con il predetto minimo di 6 ed un massimo di 36 mensilità** di «retribuzione di riferimento per il calcolo del Trattamento di fine rapporto».
Successivamente sarà il Giudice delle leggi (4) a restituire la discrezionalità anche nella determinazione dell'entità del risarcimento. La **Corte costituzionale**, infatti, con la **sentenza 8 novembre 2018, n. 194**, aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 3, comma 1, del D.Lgs. n. 23/2015, limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio». La Corte costituzionale si era così pronunciata ritenendo «incostituzionale per violazione degli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, 76 e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea, l'art. 3, comma 1, del D.Lgs. n. 23/2015 laddove prevede una indennità fissa e

(2) Seppure con un onere più rigoroso e interamente a carico del lavoratore nel licenziamento ritorsivo ed invece con un riparto probatorio tra le due parti più articolato nel caso del licenziamento discriminatorio; v. Cass. civ., sez. lav., 9 giugno 2017, n. 14456 nonché di Cass. civ., sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575, che hanno modificato la precedente giurisprudenza che equiparava i due tipi di licenziamento rispetto agli oneri probatori.
(3) Art. 3 del D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, in legge 9 agosto 2018, n. 186.
(4) Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

crescente in funzione della sola anzianità di servizio, in quanto contrastante con il principio di eguaglianza, per ingiustificata omologazione di situazioni diverse, e con il principio di ragionevolezza, essendo tale indennità inidonea a configurare un adeguato ristoro per il lavoratore ingiustamente licenziato e una adeguata dissuasione per il datore di lavoro avverso licenziamenti illegittimi». Era stato puntualmente precisato in motivazione che «la previsione di una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere, e sono, nell'esperienza concreta diverse».
Peraltro, tale pronuncia di incostituzionalità, che ridava **piena discrezionalità anche** sull'**entità** del **risarcimento**, aveva comunque dettato delle linee guida da osservare da parte del Giudicante. Si legge alla fine della sentenza n. 194/2018 che il Giudice - nel **modulare** l'**entità del risarcimento** - avrebbe dovuto tenere in conto innanzi tutto del **criterio** dell'**anzianità di servizio** (5) nonché degli altri criteri desumibili in chiave sistematica dall' evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti; ovverosia avrebbe dovuto tener conto oltreché del criterio primario («anzianità di servizio») anche del criterio del **numero** dei **dipendenti** occupati, di quello afferente le **dimensioni** dell'**attività economica** nonché di quello relativo al **comportamento** ed alle **condizioni** delle parti.

In sintesi
Gli interventi successivi all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 23/2015, hanno consegnato una tutela del licenziamento ritenuto illegittimo intimato per giustificato motivo oggettivo a lavoratori c.d. "*nuovi assunti*" dipendenti di un'azienda sopra i 15 dipendenti nel Comune (o sopra i 60 in tutta Italia), così riassumibile: condanna del datore di lavoro ad un risarcimento del danno da 6 a 36 mensilità di retribuzione globale di fatto, con quantificazione rimessa alla discrezionalità del Giudice, il quale si atterrà ai criteri desumibili dall'evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti, tenendo conto in primo luogo dell'anzianità di servizio.

Ciò che va adeguatamente rimarcato è che ad un licenziamento intimato per un giustificato motivo oggettivo ad un c.d. "*nuovo assunto*" - al quale trovi pertanto applicazione il contratto a tutele crescenti - anche per un motivo addotto nella lettera di recesso del quale venga dimostrata l'insussistenza materiale, non potrà trovare **mai applicazione** la **tutela reintegratoria**, ma **solo** quella **indennitaria**.
Fa **eccezione** a quanto detto il solo caso nel quale il lavoratore licenziato riesca a dimostrare - con onere della prova rigorosamente a suo carico (6), ma assolvibile anche attraverso "presunzioni" - il **motivo discriminatorio o ritorsivo** del licenziamento formalmente intimato per giustificato motivo oggettivo.
Peraltro, va sottolineato, come risulta contraddittoria la disciplina del contratto a tutele crescenti che, contrariamente a quanto accade per coloro che vengono licenziati per il classico motivo oggettivo che sia ritenuto insussistente, riserva comunque con il disposto dell'art. 3, comma 2 , la tutela reintegratoria alle sole «ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore».
Sembra possibile se non probabile (7) un prossimo intervento della Corte costituzionale - o dello stesso Legislatore - per garantire la tutela reintegratoria anche a coloro che, assunti a partire dal 7 marzo 2015, siano stati licenziati per un giustificato motivo oggettivo giudicato oggettivamente insussistente con riferimento al fatto posto alla base dello stesso - per violazione del principio di uguaglianza rispetto ***i)*** alla già vista tutela di cui godono i c.d. "*nuovi assunti*" licenziati per inesistenza del fatto materiale posto a fondamento della giusta causa ovvero del giustificato motivo soggettivo; e ***ii)*** alla tutela reintegratoria di cui godono i c.d. "*vecchi assunti*" licenziati per manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (di cui si dirà appresso).

Lavoratori assunti *ante* 7 marzo 2015

La complessa **evoluzione giurisprudenziale** formatasi sull'art. 18 della legge n. 300/1970 ha di

(5) Criterio indicato dall'art. 1, comma 7, *lett. c)* della legge n. 184/2014 (Legge delega) alla base del disegno riformatore del D.Lgs. n. 23/2015.

(6) V., fra le altre, Cass. civ., sez. lav., 7 novembre 2018, n. 28453; Corte Appello Roma, sez. I, 30 settembre 2020, n. 1898; Trib. Cagliari, 6 luglio 2020, n. 511.

(7) Cfr. ad es. G. Pellacani, *Licenziamento per motivi economici illegittimo, "manifesta insussistenza" e reintegrazione nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: il legislatore scrive "può", la Corte costituzionale sostituisce con "deve",* in Biblioteca, 20 maggio 2021, 1, pagg. 92 e ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fatto quasi "stravolto" quelli che erano gli intenti del Legislatore della Riforma Fornero in materia di tutele per il lavoratore licenziato per giustificato motivo oggettivo.
Come già accennato nella premessa al presente approfondimento il "nuovo" art. 18 (come modificato dalla Riforma Fornero) (8), prevedeva che restasse nella mera discrezionalità del Giudice del lavoro nel caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base del giustificato motivo oggettivo, il disporre o meno la reintegrazione nel posto di lavoro di cui al comma 4 dell'art. 18, ovvero il dichiarare comunque risolto il rapporto, riconoscendo soltanto l'indennizzo economico previsto dal medesimo articolo. (9)
Con la Riforma Fornero la reintegrazione nel posto di lavoro, quale tutela nel licenziamento "per motivo economico" - quello tipico per giustificato motivo oggettivo -, era relegata ad ipotesi davvero residuali.
Oggi, invece, si è giunti ad una più equa protezione del lavoratore e, per molte delle fattispecie di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la tutela naturale è la c.d. "***reintegrazione attenuata***" *ex* art. 18 , comma 4, legge n. 300/1970 che riconosce, in caso di insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per motivo economico - al pari dell'insussistenza del fatto posto alla base della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo - , ***i)*** la reintegrazione nel posto di lavoro (monetizzabile per esclusiva scelta del lavoratore con 15 mensilità di retribuzione), ***ii)*** il risarcimento del danno con un minimo di 5 ed un massimo di 12 retribuzioni e ***iii)*** il versamento di tutti i contributi previdenziali dal giorno del licenziamento sino a quello della ripresa del servizio ovvero sino al giorno dell'esercizio dell'opzione.

Interventi della Corte costituzionale sull'art 18 Stat lav.

La Corte costituzionale è intervenuta dapprima con la **sentenza 1° aprile 2021, n. 59** (10), con la quale ha dichiarato l'**illegittimità costituzionale** dell'**art. 18, comma 7, secondo periodo, legge 20 maggio 1970, n. 300,** come modificato dall'art. 1, comma 42, *lett. b)*, legge 28 giugno 2012, n. 92, nella parte in cui stabiliva che il Giudice, allorquando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, «***può altresì applicare***» - **invece che** «***applica altresì***» - la disciplina di cui al medesimo art. 18, comma 4.
Per la Corte costituzionale, infatti, la non obbligatorietà della reintegrazione del lavoratore oggetto di licenziamento oggettivo allorquando il fatto sia accertato come manifestamente insussistente, **ledeva** il **principio di uguaglianza**, in quanto tale tutela - nel testo originario della norma «*può altresì applicare*» - restava meramente facoltativa in caso di licenziamenti economici, mentre era (ed è) obbligatoria in quelli per giusta causa e giustificato motivo soggettivo.
Per il Giudice delle leggi l'art. 18, comma 7, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300, nel sancire la facoltà discrezionale del Giudice di merito di concedere o negare la reintegrazione in caso di manifesta insussistenza del fatto sotteso al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, costituiva una **disarmonia interna al sistema di tutele** delineato dalla legge n. 92/2012 e, pertanto, concretava un'irragionevole disparità di trattamento rispetto al licenziamento disciplinare; non potendo le peculiarità delle fattispecie di licenziamento giustificare una diversificazione circa la natura obbligatoria o facoltativa del recesso una volta che l'insussistenza (manifesta) del fatto sia considerata dal legislatore meritevole del rimedio della reintegra.
Veniva così prevista l'**obbligatorietà** del **rimedio reintegratorio** *ex* art. 18, comma 4, legge n. 300/1970, ogni volta in cui il Giudice stesso accerti l'**insussistenza manifesta del fatto** posto a base del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo.
La Corte costituzionale è intervenuta successivamente sull'art. 18, comma 7, della legge 300/1970, con la **sentenza 19 maggio 2022, n. 125** (11), con la quale veniva dichiarata l'**illegittimità costituzionale** dell'**art. 18, comma 7, se-**

(8) V. art. 1, comma 42, legge 28 giugno 2012, n. 92.
(9) Art. 18, comma 7, legge n. 300/1970, testo originario: «Può altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo».
(10) V. *Licenziamento per GMO: manifesta infondatezza del fatto*, in *Dir. prat. lav.*, 2021, 17, pagg. 1082-1092; v. anche, *Guida dir.*, 2021, 16; *Riv. it. dir. lav.*, 2021, 3, II, pag. 487.
(11) V. *Nuovo progresso nella tutela dal licenziamento per GMO*, in *Dir. prat. lav.*, 23, pagg. 1487-1493; v. anche *Guida al Diritto*, 2022, 22; *Foro it.* 2022, 6, I, pag. 1889.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

condo periodo, della **legge 20 maggio 1970, n. 300**, come modificato dall'art. 1, comma 42, *lett. b)*, legge 28 giugno 2012, n. 92 **limitatamente alla parola** «***manifesta***».
La Corte costituzionale ha ritenuto che nelle aziende di grandi dimensioni, il regime sanzionatorio a presidio del licenziamento per motivo oggettivo disciplinato dall'art. 18, comma 7, legge 300/1970 - nel testo modificato dalla Riforma Fornero - fosse da considerarsi costituzionalmente illegittimo, laddove richiedeva che l'accertata «***insussistenza***» del fatto posto alla base del recesso non sia considerato di per sé sufficiente ai fini della reintegrazione, ma venga ritenuto altresì necessario che la medesima insussistenza debba essere **qualificata come** «***manifesta***».
Infatti il requisito del **carattere** «***manifesto***» dell'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, richiesto nel testo originario di legge *post* Riforma Fornero al fine di poter disporre la reintegra, era da considerarsi per la Corte costituzionale «***indeterminato***» prestandosi ad incertezze applicative e al rischio di soluzioni difformi, con conseguenti ingiustificate disparità di trattamento: di fatto, tale requisito demandava al Giudice una valutazione sfornita di ogni criterio direttivo e, per di più, priva di un plausibile fondamento empirico.
I due interventi della Corte Costituzionale (12) hanno attribuito al Giudice, di fronte al fatto insussistente posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per motivo economico, il potere che diventa "**dovere**", **di disporre** la c.d. "***reintegrazione attenuata***", ovverosia il ripristino del rapporto con un numero di mensilità al massimo di 12 a titolo di risarcimento del danno, al pari del licenziamento disciplinare per insussistenza del fatto; inoltre, con la seconda pronuncia (sent. n. 125/2022), si sgombra il campo dalla possibile (ma assurda in termini logici) graduazione dell'insussistenza del fatto materiale, che deve essere tale e basta, senza alcuna aggettivazione.
Ciò che però non ha indicato e non poteva indicare la Corte costituzionale nelle citate sentenze è quando il fatto posto alla base del licenziamento per motivo economico può considerarsi "insussistente"; quali siano i vizi del licenziamento intimato per motivo economico che legittimano una pronuncia di tutela reintegratoria e non un mero risarcimento economico.
Ebbene, è stata invece la **Corte di Cassazione** che, con la sapiente opera di interpretazione giurisprudenziale, ha determinato le **fattispecie dei vizi** nei quali il Giudice del lavoro deve applicare ai c.d. "***vecchi iscritti***" la **tutela reintegratoria** e quali fossero invece gli altri casi (ma oggi si può dire "l'altro caso") nei quali il Magistrato deve, invece, limitarsi a dichiarare risolto il rapporto riconoscendo solo un indennizzo economico commisurato fra le 12 e le 24 mensilità.
In difformità da quelli che erano gli intenti del Legislatore del 2012, appare ormai decisamente prevalente come "rimedio" quello della c.d. "*reintegrazione attenuata*" piuttosto che quello del mero riconoscimento di un indennizzo economico.

Giurisprudenza di merito e Corte di Cassazione: GMO "insussistente" e tutela per i c.d. "*vecchi assunti*"

Una prima questione che si è posta la Suprema Corte subito dopo le modifiche all'art. 18 apportate dalla legge n. 92/2012 è stata proprio quella di comprendere quali fossero i vizi in ragione dei quali si potesse considerare «insussistente» (ovvero «manifestatamente insussistente» prima della citata sentenza n. 125/2022) il fatto posto a base del licenziamento per GMO.
Inizialmente un orientamento per lo più di merito (13) aveva affermato che «il mancato puntuale assolvimento dell'obbligo di *repêchage* non comportava la tutela reintegratoria, ma solo quella indennitaria di cui all'art. 18, comma 5, Stat. lav.».
Dall'analisi del testo dell'art. 18, comma 7, della legge n. 300/1970, si sarebbe dovuto desumere che con l'espressione «*fatto posto a base del licenziamento*» il Legislatore avesse voluto alludere al giustificato motivo oggettivo in senso essenziale, che sarebbe stato da individuare nei suoi due unici elementi costituiti dall'evento riorganizzativo dell'impresa e dal nesso di causalità tra la riorganizzazione stessa e la soppressione del posto di lavoro. Mentre il Legislatore allor-

(12) V. anche F. Rotondi, *Come leggere l'art. 18 fra Corte costituzionale e Cassazione*, in *Dir. prat. lav.*, 24, pagg. 1529-1536.

(13) Trib. Torino, sez. lav., 5 aprile 2016, ord., in *Dir. rel. ind.*, 2016, 3, pag. 842, con nota di Ferraresi; in *One lavoro*, Wolters Kluwer.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quando aveva fatto riferimento alle «altre ipotesi in cui (...) non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo» - per le quali trovava applicazione la tutela indennitaria - non poteva che riferirsi agli ulteriori elementi accessori, tra i quali l'impossibilità di altra proficua collocazione alternativa in ambito aziendale del lavoratore licenziato (quindi tutela indennitaria anche per il mancato *repêchage*).

La stessa Corte di Cassazione (14) peraltro aveva inizialmente **ulteriormente limitato** le ipotesi per il Giudice - al quale era in capo la discrezionalità sulla tutela applicabile sino alla già vista pronuncia della Corte costituzionale n. 59/2021 - in cui potesse applicare la **tutela reintegratoria** al licenziamento per motivo oggettivo illegittimo; infatti, pur avendo ritenuto che la fattispecie di licenziamento per giustificato motivo oggettivo comunque consta di due differenti elementi costitutivi - ovverosia l'esigenza della soppressione del posto di lavoro e l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore -, la Suprema Corte nel 2018 aveva però affermato che per potersi configurare la manifesta insussistenza del fatto era comunque necessario che risultasse l'assenza di ciascuno dei due suddetti presupposti di legittimità del licenziamento «e, quindi sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore».

Fino all'intervento della Corte costituzionale con sentenza n. 59/2021 (di illegittimità costituzionale limitatamente all'inciso «può altresì applicare» - invece che «applica altresì), in varie sentenze anche di merito si sottolineava che pur ritenendosi elemento costitutivo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo anche l'obbligo di reinserimento in altro posto di lavoro disponibile dell'impresa, ciò non era comunque sufficiente per ottenere la tutela reintegratoria. Infatti (15) la «*manifesta insussistenza del fatto*» era ritenuta un antecedente necessario - ma non sufficiente - per l'esercizio del potere del giudice di applicare la tutela reintegratoria invece che quella indennitaria, con l'ulteriore conseguenza che l'applicazione della tutela reale attenuata poteva anche costituire la normale conseguenza dell'illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per mancato assolvimento degli oneri di *repêchage* ma restava comunque salva la facoltà per il giudice di optare per la tutela indennitaria. Ciò, in particolare, nel caso in cui la reintegra si rivelasse eccessivamente onerosa per il datore di lavoro, in quanto sostanzialmente incompatibile con la struttura organizzativa *medio tempore* assunta dall'impresa.

Si segnala che ancor prima degli interventi della Corte costituzionale sopra esaminati, la Corte di Cassazione aveva stabilizzato il proprio orientamento, ritenendo (16) che l'**onere di dimostrare** l'**impossibilità di *repêchage*** - che secondo giurisprudenza ormai consolidatasi gravava interamente sul datore di lavoro senza che il lavoratore dovesse indicare i posti disponibili dove essere ricollocato (17) - costituisse fatto costitutivo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Con sentenza 24882/2017 la Corte di Cassazione ha opportunamente precisato che ai fini della legittimità del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, l'art. 3 della legge n. 604/1966 richiedeva sostanzialmente la contemporanea sussistenza di tre elementi, ciascuno dei quali era da considerarsi fatto (o elemento) costitutivo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ovverosia : ***a)*** la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto al quale era addetto il dipendente, senza che fosse peraltro da considerarsi necessaria la soppressione di tutte le mansioni in precedenza attribuite allo stesso; ***b)*** la riferibilità di quella specifica soppressione a progetti o scelte datoriali - insindacabili dal Giudice quanto ai profili di congruità e opportunità, purché effettivi e non simulati - diretti ad incidere sulla struttura e sull'organizzazione dell'impresa, ovvero sui suoi processi produttivi, compresi quelli finalizzati ad una migliore efficienza ovvero ad incrementi di redditività; ***c)*** l'impossibilità di reimpiego del lavoratore in mansioni diverse, elemento che, inespresso a li-

(14) Cass. civ., sez. lav., 2 maggio 2018, n. 10435, in *Lav. giur.*, 2018, 10, pagg. 958-959 con nota di C. A. Giovanardi; in *Dir. rel. ind.*, 2018, 3, pag. 887.

(15) Corte Appello L'Aquila, sez. lav., 2 luglio 2020, n. 321, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer.

(16) Cass. civ., sez. lav., 20 ottobre 2017, n. 24882, in *Dir. prat. lav*, 2018, 16, pag. 1053; *Lav. giur.,* 2018, 2, pag. 202.

(17) Orientamento ormai consolidato, cfr. Cass. civ., sez lav., 25 gennaio 2021, n. 1508, in *Dir. prat. lav.*, 2021, 29, pag. 1909 e *Lav. giur.*, 2021, 4, pag. 417; Cass. civ., sez. lav., 5 gennaio 2017, n. 160; Cass. civ., sez. lav., 22 marzo 2016, n. 5592; Cass. civ. 13 giugno 2016, n. 12101.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

vello normativo, per la Cassazione trovava invece giustificazione sia nella tutela costituzionale del lavoro che nel carattere necessariamente effettivo e non pretestuoso della scelta datoriale, che non poteva essere condizionata da finalità espulsive legate alla persona del lavoratore.

La **giurisprudenza più recente** della **Suprema Corte** sembra ormai consolidata in via definitiva sull'orientamento (18) in base al quale la verifica del requisito della «(già "manifesta") *insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*», concerne ciascuno dei presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; pertanto, il Giudice deve **verificare** ***i)*** l'effettività della scelta organizzativa operata; ***ii)*** il fatto che la stessa ricada sull'effettiva soppressione di un determinato posto di lavoro e ***iii)*** l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore.

Lo stesso principio viene espresso anche da un'altra rilevante recente pronuncia della Suprema Corte (19) in cui si precisa inequivocabilmente che il fatto costitutivo del giustificato motivo oggettivo è rappresentato sia dalle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa sia dall'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore (c.d. "*repêchage*"); pertanto è onere del datore di lavoro dimostrare tutti gli stessi presupposti legittimanti il licenziamento, alla luce dell'art. 5 della legge 15 luglio 1966, n. 604 che completa e rafforza, sul versante processuale, la protezione del lavoratore contro i licenziamenti illegittimi.

Ancora più recentemente la Suprema Corte (20) ha ribadito che la reintegrazione prevista dall'art. 18, comma 7, legge 20 maggio 1970, n. 300 per l'ipotesi di insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, deve essere disposta anche ove manchi la prova del solo ripescaggio.

Segnaliamo pure che l'orientamento è costante e generalizzato anche per il *repêchage* in quella particolare tipologia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo per **inidoneità psico-fisica** (licenziamento per motivo oggettivo diverso ma nel quale, peraltro, i soli oneri di *repêchage* per la parte datoriale sono sovrapponibili a quelli del licenziamento per motivo oggettivo di carattere economico); (21) infatti con due recentissime pronunce la Suprema Corte ha riaffermato che il ***mancato assolvimento*** dell'***onere del repêchage*** comporta, senza alcun margine discrezionale da parte del giudice, lo stesso trattamento riservato al difetto di giustificazione, vale a dire la **reintegrazione del lavoratore** e la corresponsione di un **risarcimento monetario** compreso entro le dodici mensilità in forza dell'art. 18, comma 7, legge n. 300/1970 smi.

Licenziamento illegittimo e tutela meramente indennitaria

Ci si deve a questo punto chiedere per quali ipotesi rimanga oggi applicabile - dopo i ben rilevanti interventi della Corte costituzionale e della Cassazione - la tutela meramente indennitaria; o, più esattamente, quali siano oggi le «altre ipotesi» di licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo di un "*vecchio assunto*" - intimato da un'azienda alla quale si applichi l'art. 18 legge n. 300/1970 per requisiti dimensionali -, alle quali trovi applicazione la tutela solo risarcitoria di cui all'attuale testo dell'art. 18, comma 5.

La risposta è fornita inequivocabilmente dalla Suprema Corte: si tratta del caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo accertato come illegittimo per **violazione** dei **criteri di correttezza e buona fede nella scelta del lavoratore da licenziare** nell'ambito di **posizioni lavorative omogenee e fungibili**.

Da tempo la Corte di Cassazione si è infatti espressa in tal senso:

• dapprima affermando che «tale ipotesi è riconducibile non a quella peculiare che postula un connotato di particolare evidenza nell'insussistenza del fatto posto a fondamento del recesso, bensì a quella di portata generale per la quale è sufficiente che non ricorrano gli estremi del predetto giustificato motivo oggettivo, con conseguente applicazione della tutela indennitaria di cui al comma 5 dell'art. 18 modificato»; (22)

(18) Cass. civ., sez. lav., 11 novembre 2019, n. 29102, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer.

(19) Cass. civ., sez. lav., 18 novembre 2022, n. 34049, in *Quotidiano giuridico*, 2022, Wolters Kluwer.

(20) Cass. civ., sez. lav., 2 dicembre 2022, n. 35496, in *Riv. It. dir. lav.*, 2022, 4, II, pag. 735.

(21) Cfr. Cass. civ., sez. lav., 2 marzo 2022, n. 9158, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer; in *Riv it. dir. lav.,* 4, II, pag. 611; nonché Cass. civ., sez. lav., 12 dicembre 2018, n. 32158, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer; *Riv it. dir. lav.,* 2, II, pag. 264.

(22) Cass. civ., sez. lav., 8 luglio 2016, n. 14021, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer; *Guida dir.*, 2016, 33, pag. 43.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

• successivamente ribadendo (23) che il datore di lavoro nella soppressione di un posto in presenza di più posizioni fungibili perché occupate da lavoratori con professionalità sostanzialmente omogenee, deve individuare il soggetto da licenziare secondo i principi di correttezza e buona fede, ha ritenuto che possa farsi riferimento, pur nella diversità dei rispettivi regimi, ai criteri di scelta che l'art. 5 della legge n. 223/1991 ha dettato per i licenziamenti collettivi (24), affermando chiaramente che quello non è certo l'unico riferimento possibile per operare la scelta datoriale con correttezza e buona fede. Ad ogni buon conto nelle suddette pronunce viene altresì riaffermato che la **violazione di tali criteri comporta la tutela indennitaria** di cui all'art. 18 comma 5, Stat. lav. (minimo 12 e massimo 24 mensilità

• del pari ha affermato agli inizi del 2020 - dopo aver premesso che il ripristino del rapporto di lavoro, con un risarcimento fino a un massimo di dodici mensilità, rimaneva riservato alle ipotesi residuali, nelle quali l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento fosse connotata da una particolare evidenza - che, data la premessa, la violazione dei criteri di correttezza e buona fede nella scelta tra lavoratori adibiti allo svolgimento di mansioni omogenee dava luogo alla sola tutela indennitaria, con il riconoscimento di un'indennità risarcitoria , come noto tra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità. (25)

Concetto ribadito dalla Cassazione anche in altre successive pronunce. (26)

Senza addentrarci nelle ragioni alla base delle scelte del Legislatore per due fattispecie diverse (e per questo, ad avviso di chi scrive - diversamente tutelate), va peraltro evidenziato che la stessa Suprema Corte nel licenziamento collettivo per riduzione di personale ritiene, invece, che nei casi di violazione dei criteri di scelta previsti dal suddetto art. 5 della legge n. 223/1991 si applica la tutela reintegratoria, mentre la non corrispondenza della comunicazione al modello legale costituisce violazione delle procedure per le quali è prevista solamente il risarcimento indennitario. (27)

Si può, pertanto, affermare che nell'ambito del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo ad un c.d. "*vecchio assunto*", la mera tutela indennitaria - che doveva essere il regime generalizzato all'entrata in vigore della Riforma Fornero - trova oggi applicazione, di fatto, alla sola violazione dei criteri di scelta in caso di licenziamento individuale di un lavoratore con altri colleghi che svolgano mansioni fungibili.

Conclusione

L'**attuale disciplina** delle tutele di coloro - "vecchi assunti" e "nuovi assunti" - licenziati illegittimamente per un giustificato motivo oggettivo in aziende "a tutela forte", prevede che solo per i secondi - e cioè gli assunti a partire dal 7 marzo 2015 - non ci sarà possibilità d'ottenere la tutela reintegratoria oltre al connesso risarcimento del danno (a meno che non provino che il licenziamento era ritorsivo o discriminatorio).

È quindi possibile un nuovo intervento della Corte costituzionale proprio sull'art. 3, comma 2, del D.Lgs. 23/2015 in ragione del fatto che ai c.d. "***nuovi assunti***" attualmente non trova applicazione la tutela reintegratoria anche se il fatto materiale posto a base del licenziamento per ragione economica è insussistente; ciò in difformità di quanto avviene per i c.d. "***vecchi assunti***", che, come visto , usufruiscono ormai della tutela reintegratoria in una gran parte dei casi; va anche sottolineato, però, che, come noto, i secondi ("*vecchi assunti*") hanno una tutela indennitaria potenzialmente ridotta rispetto agli assunti a partire dal 7 marzo 2015, con un massimo di 24 mensilità contro il tetto a 36 dei c.d. "*nuovi assunti*".

Inoltre, così come già visto, i "*nuovi assunti*", se licenziati per giustificato motivo oggettivo "inesistente" con riferimento al fatto materiale addotto, oggi hanno diritto solo alla tutela indennitaria; mentre invece, licenziati per giusta causa ovvero per giustificato motivo soggettivo con fatto materiale posto a base dell'addebito considerato "inesistente", godrebbero in quel caso della tutela reintegratoria attenuata, così come previsto dall'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 23/2015.

(23) Si veda già Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2002, n. 6667, in *Giust. civ. Mass.,* 2002, 7, pag. 99; recentemente Cass. civ., sez. lav., 7 agosto 2020, n. 16856.

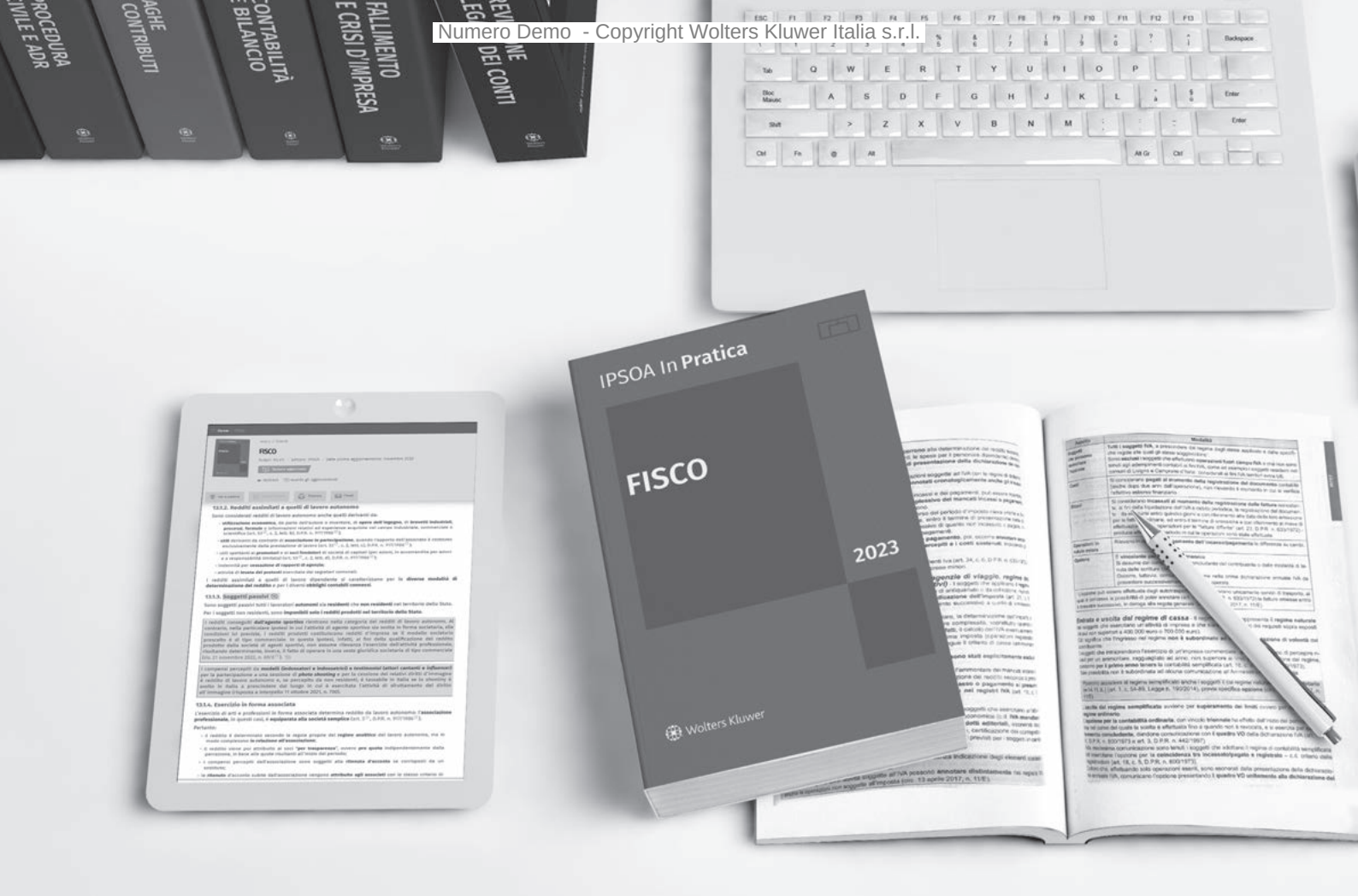
(24) Cass. civ., sez. lav., 25 luglio 2018, n. 19732, in *Ilgiuslavorista.it*, 11 settembre 2018, con nota di L. Rocchi.

(25) Cass. civ., sez. lav., 19 marzo 2020, n. 7471.

(26) Ad esempio sempre Cass. civ., sez. lav., 7 agosto 2020, n. 16856.

(27) Cfr. la recente Cass. civ., sez. lav., 18 gennaio 2022, n. 1382, ord, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer; conf. Cass. civ., sez. lav., 13 giugno 2016, n. 12095.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



IPSOA In **Pratica**

Risposte chiare, autorevoli e sempre aggiornate

Fisco

2023

CARTA + DIGITALE

Scegli la formula "sempre aggiornati"
CARTA+DIGITALE: la soluzione ideale per rimanere costantemente aggiornati e godere di un testo sempre nuovo, grazie all'azione combinata dei due supporti:
- CARTA: inquadra tutta la materia tributaria: imposte su redditi, imposte indirette, tasse e imposte locali, accertamento, riscossione, contenzioso, sanzioni, operazioni straordinarie
- DIGITALE: segue le frequenti modifiche legislative e le interpretazione dell'Agenzia delle Entrate alla normativa fiscale.

Y53ONBN

Wolters Kluwer

info.wolterskluwer.it/IPSOA-In-Pratica

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Valutazione prospettica

Valenza della informativa periodica annuale nella pianificazione previdenziale

Giuseppe Rocco - Esperto previdenziale

Le forme pensionistiche complementari hanno inviato recentemente ai propri iscritti (entro lo scorso 31 marzo), così come prescritto dalle Disposizioni della Covip in materia di trasparenza del 22 dicembre 2020 il Prospetto delle prestazioni pensionistiche - fase di accumulo.
Nel kit informativo si prevede inoltre l'invio del «Prospetto delle prestazioni pensionistiche - fase di accumulo» con cui vengono fornite proiezioni pensionistiche volte a **consentire** all'aderente una **valutazione sintetica e prospettica** del proprio **programma previdenziale**.
Tali rappresentazioni costituiscono uno strumento di ausilio nella adozione delle scelte relative alla partecipazione alla forma pensionistica complementare per le variabili dipendenti da determinazioni dell'aderente medesimo.
Al di là del mero adempimento formale è importante che il corredo documentale venga ricondotto dall'aderente in una prospettiva più ampia di **pianificazione e controllo** del proprio investimento previdenziale.

Importanza della consapevolezza

La premessa di fondo è che la adesione ad una forma pensionistica complementare richiede, al di là della mera iscrizione, la acquisizione di una necessaria consapevolezza sia della **funzione** del **risparmio previdenziale** che del suo **meccanismo di funzionamento**.
Da un lato occorre essere consci del fondamentale ruolo che esso interpreta per **colmare prospetticamente** quello che è il **divario** che si genererà **tra ultime retribuzioni e trattamento pensionistico** di base, accentuato dalla applicazione integrale del metodo di calcolo contributivo.
È poi necessario comprendere gli "snodi" decisionali legati alla previdenza complementare, dalla valenza della contribuzione al percorso di investimento da scegliere in relazione al proprio profilo rischio/rendimento e alla distanza rispetto all'età pensionabile, alla funzione della rendita vitalizia come fondamentale strumento per fronteggiare il rischio longevità.
Di fondamentale importanza assume allora la **documentazione informativa in fase di adesione**.
La disciplina posta dalla Covip prevede la **Nota informativa** che è costituita dalla **Parte I** «Le informazioni chiave per l'aderente», che contiene le informazioni di base da consegnare in fase di adesione; la **Parte II** «Le informazioni integrative», che contiene informazioni più di dettaglio destinate a coloro che vogliono approfondire ulteriormente le caratteristiche della forma pensionistica complementare accedendo all'area pubblica del sito web della forma pensionistica complementare/società; l'**Appendice** «Informativa sulla sostenibilità», da consegnare al momento dell'adesione.
È importante sottolineare come nell'ambito della Parte I «Le informazioni chiave per l'aderente» della Nota informativa, si forniscono proiezioni standardizzate prendendo a riferimento figure tipo di aderenti volte a illustrare l'importo della prestazione attesa al momento del pensionamento e il valore della rendita corrispondente alla posizione individuale maturata. La simulazione della pensione è riferita a figure-tipo generiche di età differenti (30 e 40 anni) che versano contributi di entità diversa (2.500 e 5.000 euro) e andranno in pensione a 67 anni di età. Individuando la situazione che più si avvicina alle proprie caratteristiche si può avere un'idea della pensione che si potrà ricevere. I valori indicati nei documenti so-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

no espressi in termini reali, in modo da neutralizzare gli effetti dell'inflazione e non tengono conto della tassazione.
Sempre nelle Informazioni Chiave è riportata la Scheda dei Costi.
La Nota informativa nella versione integrale può essere consultata sul sito web della forma pensionistica complementare. Va poi sottolineato come nella Nota informativa sia compreso il «Modulo di adesione», al cui interno si trova il «**Questionario di autovalutazione**» che aiuta l'aderente a verificare il proprio livello di conoscenza in materia previdenziale e a orientarsi tra le diverse opzioni di investimento (congruità della scelta previdenziale). In particolare, si prevedono quesiti riguardanti la capacità di risparmio personale, l'orizzonte temporale che separa dalla pensione e la propensione al rischio. In base al punteggio ottenuto, viene consigliato il comparto di investimento più idoneo. È possibile in ogni caso scegliere un comparto diverso.

Importanza del controllo

Considerando poi come l'orizzonte temporale di partecipazione ad un piano previdenziale è particolarmente prolungato, assume particolare rilevanza anche la fase del controllo con una "presa di coscienza" nel continuo.
Particolarmente eloquenti sembrano essere a tal proposito le evidenze contenute nel recente Rapporto Consob sulle «Scelte di investimento delle famiglie italiane» secondo cui, a fronte di un deterioramento delle condizioni finanziarie delle famiglie, si registra un peggioramento rispetto al 2021 del c.d. "***controllo finanziario***", inteso come la risultante dei comportamenti di pianificazione, rispetto di un *budget* e risparmio, misurato da un indicatore sintetico pari in media a 6,6 (su una scala da 0 a 10).
Andando nel concreto della previdenza complementare occorre verificare in primo luogo l'**andamento** della **gestione finanziaria** considerando che i fondi pensione si strutturano sulla **capitalizzazione dei contributi versati**.
Tale check va operato in maniera razionale e non emotiva, rapportando i **rendimenti** con l'**andamento del mercato** e su intervalli significativi di **medio-periodo** (5-10 anni).
Va poi compreso se si sia **modificata** nel corso del tempo la propria **situazione personale**, lavorativa e pensionistica di base per eventualmente ricalibrare il proprio percorso *in itinere*.
Ulteriore profilo di attenzione nel caso in cui si sia lavoratori dipendenti è la **verifica** della **regolarità** dei **flussi contributivi** anche di parte datoriale ricordando come la **legittimazione attiva in caso di omissione contributiva competa all'aderente** e non alla forma pensionistica complementare.
Vi è ancora da considerare il **profilo fiscale**. Nel caso in cui si versi a previdenza complementare oltre il limite di deducibilità è possibile il "**recupero**" del **beneficio fiscale al momento del pensionamento** a **condizione** che entro il 31 dicembre dell'anno successivo si comunichi al fondo pensione l'ammontare dei contributi non dedotti. Se si effettuerà tale comunicazione si sarà esenti per quella quota al momento della tassazione della prestazione finale. Occorre allora verificare annualmente, "nel durante", quanto si sia versato per effettuare la richiesta comunicazione

Prospetto delle prestazioni pensionistiche - fase di accumulo

Il documento contiene le informazioni più importanti sull'investimento previdenziale, vale a dire l'ammontare della **posizione individuale**, i **contributi versati** nel corso dell'anno, i **rendimenti** conseguiti e i **costi** effettivamente sostenuti.
Il «Prospetto delle prestazioni pensionistiche - fase di accumulo» dovrà essere integrato in fase di prepensionamento con ulteriori informazioni (Sezione «Informazioni all'avvicinarsi del pensionamento di vecchiaia»).
Le informative da trasmettere agli aderenti e beneficiari sono redatte in maniera tale che in caso di impiego di termini in lingua straniera di uso non comune, questi verranno accompagnati da una breve spiegazione del significato assunto. Sono poi utilizzate specifiche immagini grafiche per identificare alcuni concetti di base (icone, forme tabellari). La veste grafica è finalizzata a rendere più immediato e percepibile per ciascun iscritto lo sviluppo della propria posizione previdenziale e a consentire valutazioni circa le possibili opzioni a disposizione nel prosieguo della costruzione della propria pensione complementare.
Il fondo pensione individua le modalità con le quali l'aderente sceglie come ricevere i prospetti,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nonché le modalità con le quali tale scelta può essere modificata. Nel caso in cui l'aderente scelga l'**invio telematico**, i prospetti sono trasmessi mediante posta elettronica, all'indirizzo dell'aderente previamente acquisito dalla forma pensionistica complementare, ovvero sono messi a disposizione nell'area riservata del sito web, con modalità tali da garantire l'accesso e le funzionalità a dispositivi diversi per tipologia e dimensioni, assicurando la più ampia copertura possibile. In tale ultimo caso, l'aderente è tempestivamente informato dell'avvenuto inserimento del documento nell'area riservata tramite un messaggio di posta elettronica, o mediante un sms al numero di telefono ove disponibile. L'invio telematico è gratuito. Nel caso in cui l'aderente scelga l'**invio cartaceo**, lo stesso può essere effettuato mediante posta ordinaria e potrà comportare l'applicazione di costi che, comunque, non potranno eccedere i costi di spedizione.

Struttura del prospetto annuale

Si prevede, oltre ai dati anagrafici, la rappresentazione del **valore della posizione individuale alla fine** dell'**anno di riferimento** con il dettaglio delle singole componenti che ne hanno determinato la sua costituzione.
Si evidenzia:
• il valore della posizione individuale al momento del pensionamento e il corrispondente valore della rata di rendita annua attesa, nell'ipotesi che l'intera prestazione sia erogata in forma di rendita vitalizia immediata senza reversibilità.
• in forma di annotazione, che gli **importi** sono **al lordo della fiscalità** e sono espressi in termini reali.
Viene poi rappresentata in forma tabellare, secondo lo schema Covip, lo sviluppo della posizione individuale dando evidenza del valore della posizione maturata alla fine dell'anno di riferimento e dell'anno precedente. Si riporta l'ammontare del totale delle entrate nel corso e alla fine dell'anno di riferimento al lordo dei costi (con specifica nel dettaglio dei contributi del lavoratore, quelli del datore di lavoro, i contributi contrattuali, il Tfr, i contributi aggiuntivi del datore di lavoro, i contributi derivanti dalla conversione dei premi di risultato erogati in forza di contratti collettivi aziendali o territoriali, i reintegri di anticipazioni e le somme provenienti da trasferimenti). Si rappresentano ancora ***i)*** il totale delle uscite, distinguendo tra anticipazioni, riscatti parziali e Rendita integrativa temporanea anticipata (Rita). Nel caso di erogazione della Rita si riporta l'ammontare delle rate di rendita erogata, precisando che l'importo è dato dalla somma delle rate corrisposte al lordo degli eventuali costi amministrativi sostenuti per l'erogazione; ***ii)*** il risultato netto della gestione dall'iscrizione e in corso d'anno e, mediante diagramma circolare (c.d. "*grafico a torta*"), ***iii)*** la ripartizione della posizione individuale per tipologia di strumenti finanziari, distinguendo tra la quota complessivamente investita in titoli di debito, nella quale è inclusa anche la liquidità, e quella in titoli di capitale. Nel calcolo di tali quote si considerano, per la parte di pertinenza della posizione individuale, anche gli investimenti effettuati indirettamente attraverso strumenti finanziari derivati ovvero OICR, utilizzando, qualora sia necessario, stime effettuate sulla base delle informazioni disponibili.
È previsto ancora il «**Dettaglio delle operazioni effettuate nell'anno**» riportando, in forma tabellare, le operazioni effettuate nel corso dell'anno, indicando la **tipologia** (ad es., contributo, anticipazione, reintegro di anticipazione, trasferimento da altra forma pensionistica complementare o da/verso altro comparto di investimento), la **data** (che è da intendersi riferita, per le entrate, al giorno in cui la forma pensionistica complementare riceve la disponibilità delle somme afferenti alle operazioni di versamento e, per le uscite, al giorno in cui le somme sono prelevate dalla posizione individuale), il **comparto** sul quale insiste l'operazione, l'**importo delle entrate**, distinguendo, ove del caso, tra contributo dell'aderente, contributo del datore di lavoro, Tfr, indicando le entrate a titolo diverso (ad es., reintegro di anticipazione, trasferimento da altra forma pensionistica complementare o da altro comparto); l'**importo delle uscite**, indicando le somme erogate (ad es., anticipazione, riscatto parziale, pagamenti delle rate della Rita) o trasferite verso altro fondo o comparto; l'**ammontare delle spese** direttamente a carico dell'aderente, l'**ammontare investito/disinvestito**, da intendersi come le somme che per ogni operazione hanno incrementato o diminuito la posizione individuale; il totale delle entrate, delle uscite e delle somme investite/disinvestite nel corso dell'anno.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Dal **punto di vista fiscale** va indicato l'ammontare dei **contributi** che risultano **versati e non dedotti nell'anno di riferimento,** nonché nel corso della complessiva partecipazione dell'aderente alla previdenza complementare. Occorre precisare che, con riferimento ai contributi versati e non dedotti, l'ammontare indicato si basa sulle comunicazioni effettuate dall'aderente alla forma pensionistica ovvero, nel caso di trasferimento da altra forma pensionistica, da quest'ultima. Va data evidenza, separatamente, dei contributi derivanti dalla **conversione** dei **premi di risultato** con riguardo all'anno di riferimento, nonché nel corso della complessiva partecipazione dell'aderente alla previdenza complementare. Si prevedono ancora le **Informazioni all'avvicinarsi del pensionamento di vecchiaia** quando mancano tre o meno anni, alla presumibile età di pensionamento di vecchiaia: ***i)*** viene riportata una stima del valore della posizione individuale maturata e della relativa rata di rendita per ciascuna tipologia di rendita offerta (con eccezione della rendita vitalizia reversibile) in corrispondenza della presumibile età di pensionamento di vecchiaia e ai quattro anni successivi; ***ii)*** viene ancora specificato che le condizioni di rendita effettivamente applicate all'aderente saranno quelle in vigore al momento del pensionamento.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

IPSOA In **Pratica**

Risposte chiare, autorevoli e sempre aggiornate

Società

2023

CARTA + DIGITALE

Scegli la formula "sempre aggiornati" **CARTA+DIGITALE**: la soluzione ideale per rimanere costantemente aggiornati e godere di un testo sempre nuovo, grazie all'azione combinata dei due supporti:

- CARTA: esamina tutte le tipologie di società dalla loro costituzione, alla gestione fino allo scioglimento, analizzando anche gli aspetti fiscali e penali.

- DIGITALE: segue l'evoluzione normativa, le principali pronunce giurisprudenziali, di legittimità e di merito, gli Orientamenti dei Consigli notarili e i provvedimenti dell'Agenzia delle Entrate.

Y49QNBN

Wolters Kluwer

info.wolterskluwer.it/IPSOA-In-Pratica

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Principio di continenza

Proposizione della domanda cautelare al giudice della causa pendente per il merito

Corte costituzionale, sentenza 10 febbraio 2023 (depositata il 30 marzo 2031), n. 54 - Pres. Sciarra - Red. San Giorgio

Processo civile - Competenza e giurisdizione - Procedimenti cautelari - Competenza in corso di causa - Proposizione della domanda cautelare al giudice della causa pendente per il merito - Denunciato effetto, nella sussistenza e per effetto di litispendenza, continenza o connessione, della revoca del provvedimento cautelare, conseguente a incompetenza del giudice, ancorché successivamente adito, che abbia pronunciato decreto cautelare ex art. 669-sexies, comma secondo, parte prima, Codice di procedura civile in forza di propria competenza territoriale sull'oggetto della domanda cui la cautela è strumentale - Disparità di trattamento rispetto al processo penale -Violazione del diritto di agire - Inammissibilità.

Sono inammissibili, per aver il remittente erroneamente assunto a diritto vivente un'interpretazione viceversa non consolidata, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 669-*quater* del Codice di procedura civile sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui, ove penda un giudizio di cognizione in rapporto di continenza con la causa di merito prefigurata in un successivo ricorso cautelare *ante causam*, impone al giudice della cautela di dichiarare la propria incompetenza in favore del giudice della causa continente preventivamente adito.

Ritenuto in fatto

1.- Con ordinanza del 30 marzo 2022, iscritta al n. 81 del registro ordinanze del 2022, il Tribunale ordinario di Siena, in funzione di giudice del lavoro, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 669-*quater* del Codice di procedura civile, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione.

1.1.- Il rimettente premette di essere investito del ricorso per provvedimento d'urgenza *ante causam* ai sensi dell'art. 700 c.p.c., promosso dalla Banca Monte dei Paschi di Siena Spa, a cautela della fruttuosità della preannunciata azione di merito volta ad ottenere l'accertamento della violazione, da parte di L. D.S. - dipendente dell'Istituto di credito con mansioni di gestore *private banking*, dimessosi con procedura telematica il 5 gennaio 2022, con decorrenza dal 7 gennaio 2022 - del patto di non concorrenza stipulato il 26 giugno 2019, previo accertamento della validità e dell'efficacia dello stesso, l'inibitoria dei comportamenti con esso contrastanti e la condanna del resistente al pagamento della penale pattuita, oltre interessi e rivalutazione, e al risarcimento del maggior danno.

Il Giudice *a quo* precisa di avere, in accoglimento della istanza, con decreto del 19 gennaio 2022, ordinato al lavoratore di astenersi immediatamente dalla violazione del patto di non concorrenza, vigente alla data delle sue dimissioni, in pregiudizio della società ricorrente, fissando l'udienza per la conferma, la modifica o la revoca del decreto reso ai sensi dell'art. 669-*sexies*, secondo comma, c.p.c.

Espone, ancora, il rimettente che, nel costituirsi nel giudizio cautelare, la parte resistente ha eccepito l'incompetenza del Tribunale di Siena in favore del Tribunale ordinario di Lucca, chiedendo revocarsi il provvedimento d'urgenza emesso inaudita altera parte. A tal fine ha dedotto di aver promosso, con ricorso *ex* art. 414 c.p.c., depositato innanzi al Tribunale di Lucca il 7 gennaio 2022 - data di decorrenza delle rassegnate dimissioni - e notificato alla Banca Monte dei Paschi di Siena Spa il 17 gennaio 2022, alle ore 14,45, un giudizio di cognizione ordinaria, avente ad oggetto l'accertamento che egli non stesse svolgendo alcuna attività in contrasto con il patto di non concorrenza stipulato con la datrice di lavoro il 26 giugno 2019 e che, pertanto, non fosse tenuto al versamento dell'importo ivi previsto a titolo di penale; l'accertamento della nullità, dell'annullabilità o comunque dell'inefficacia del patto di non concorrenza; in via subordinata, la riduzione della clausola penale e della durata del medesimo patto di non concorrenza nonché dell'estensione territoriale della relativa efficacia alla sola provincia di Lucca.

1.2.- Tanto premesso, il Tribunale di Siena dubita della legittimità costituzionale dell'art. 669-*quater* c.p.c., del quale ritiene di essere chiamato a fare applicazio-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ne in ragione dell'eccezione di incompetenza formulata dalla parte resistente.
1.2.1.- Il rimettente muove dal presupposto secondo il quale tale disposizione - così come interpretata dalla giurisprudenza di merito assurta, per la sua uniformità, a diritto vivente -, nel caso in cui penda un giudizio di cognizione in rapporto di continenza con l'azione di merito preannunciata nel ricorso cautelare *ante causam*, impone al giudice della cautela di dichiarare la propria incompetenza in favore del giudice della causa continente e, quindi, di revocare il provvedimento cautelare *inaudita altera parte* eventualmente concesso.
1.2.2.- Argomenta, a tal fine, il Giudice *a quo* che la «specularità contrapposta, alternativa, degli oggetti in comparazione» - da una parte, l'azione di cognizione ordinaria preannunciata dalla società ricorrente con la domanda cautelare, avente ad oggetto l'accertamento della violazione, da parte del proprio dipendente, del patto di non concorrenza, e, dall'altra, l'azione di cognizione ordinaria esercitata dal lavoratore, avente ad oggetto l'accertamento dell'illiceità dello stesso patto di non concorrenza e della sua mancata violazione - ha indotto la giurisprudenza di merito a ritenere l'incompetenza del giudice successivamente adito in via cautelare in favore di quello preventivamente adito in sede di cognizione ordinaria «generalmente attingendo all'istituto della continenza, talora alla litispendenza, come alla connessione».
A giudizio del rimettente, dalle numerose decisioni di merito che aderiscono a tale ricostruzione si ricaverebbe, infatti, un orientamento «ormai stabilizzato», e, quindi, un diritto vivente, rispetto al quale un percorso interpretativo difforme si rivelerebbe «[i]mprevedibile, inatteso e privo di segnali anticipatori».
È ben vero, precisa il Giudice *a quo*, che la Corte di Cassazione ha chiarito che alcune pronunce rese dalla giurisprudenza di merito non sono idonee a integrare un diritto vivente, essendo a tal fine necessari stabili approdi interpretativi del giudice di legittimità. Tuttavia, non è agevole reperire un orientamento di legittimità in materia cautelare, avendo la stessa Corte di Cassazione affermato che il provvedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. non è autonomamente impugnabile, neppure con ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111 Cost.
Osserva, quindi, il rimettente che, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, sussiste continenza quando le due cause pendenti contemporaneamente tra gli stessi soggetti davanti a giudici diversi abbiano ad oggetto domande interdipendenti o contrapposte, relative ad un unico rapporto negoziale, nonché, e più in generale, quando questioni dedotte con la domanda anteriormente proposta costituiscano il necessario presupposto, alla stregua di un nesso di pregiudizialità logico-giuridica, per la definizione del giudizio successivo, come nell'ipotesi in cui le contrapposte domande abbiano ad oggetto il riconoscimento e la tutela di diritti derivanti dallo stesso rapporto e il loro esito dipenda dalla soluzione di una o più questioni comuni.
Il principio espresso dai Giudici di legittimità - prosegue l'ordinanza di rimessione - sarebbe «assolutamente sintonico» con la richiamata giurisprudenza di merito, secondo la quale, nella fattispecie in questione, la preventiva instaurazione di un giudizio a cognizione piena, in rapporto di continenza con la causa di merito prefigurata nel ricorso d'urgenza *ante causam* successivamente promosso, comporta l'attrazione della decisione sulla domanda cautelare alla competenza del giudice della causa di merito preventivamente adito.
1.2.3.- Sulla base dell'esposta premessa interpretativa, il Giudice *a quo* deduce che la norma in scrutinio, comportando l'immediato venir meno dell'efficacia del provvedimento cautelare adottato in assenza di contraddittorio, determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento rispetto al processo penale, nel quale, ai sensi dell'art. 27 del Codice di procedura penale, la misura cautelare emessa dal giudice incompetente perde efficacia solo se, decorsi venti giorni dalla ordinanza di trasmissione degli atti, il giudice competente non provvede a norma degli artt. 292, 317 e 321 c.p.p.
Il rimettente dà atto che il meccanismo previsto per il processo penale non può essere esteso al processo civile, ma ritiene che la sottolineata differenza renda evidente una irragionevole disparità di trattamento in contrasto con l'art. 3 Cost. e, al contempo, la violazione del diritto di azione, avuto riguardo alla coessenzialità della tutela cautelare - e, in particolare, della tutela d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. - alla garanzia espressa dall'art. 24 Cost. Infatti, mancando nel processo civile un meccanismo di conservazione dell'efficacia del provvedimento cautelare analogo a quello previsto per il processo penale, si determinerebbe, nella situazione indicata, un vuoto di tutela cautelare «anzitutto» nel caso in cui la parte che invochi una misura cautelare sul presupposto della minaccia imminente di un pregiudizio irreparabile non sia a conoscenza della prevenzione del giudizio di merito e «si affermi pertanto in buona fede titolare di un diritto cautelando».
Una discontinuità della tutela, prosegue il rimettente, si evidenzierebbe poi anche nell'ipotesi in cui il ricorrente in cautela, pur essendo a conoscenza della pendenza del giudizio di merito, intenda avvalersi di un foro alternativo, poiché «anche in questa ipotesi, non appare irragionevole ritenere che, alcuna azione di condanna a tutela del proprio credito sia stata esercitata nel giudizio preventivamente instaurato altrove, che in alcun modo possa porsi in relazione di necessaria strumentalità con la cautela azionata».
Nel caso di specie, il vuoto di tutela cautelare deriverebbe dalla necessità di dichiarare, in ragione dell'eccepita incompetenza, l'invalidità e l'inefficacia del provvedimento cautelare concesso inaudita altera parte a norma dell'art. 669-*sexies*, secondo comma, c.p.c., nonostante continui a sussistere il rischio che,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

per opera del lavoratore dimessosi, ingenti masse patrimoniali possano transitare, in un breve lasso di tempo, dalla banca ricorrente alla concorrenza.
2.- Nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, concludendo per la dichiarazione di inammissibilità, e comunque di non fondatezza, delle questioni.
2.1.- La difesa statale ha, anzitutto, eccepito l'inammissibilità delle questioni per difetto di motivazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza.
Sotto il primo profilo, l'interveniente rileva che il Tribunale rimettente, per un verso, ha dedotto che il denunziato vuoto di tutela deriverebbe dalla circostanza che la ricorrente nel giudizio *a quo*, all'atto della notifica del ricorso cautelare (il 17 gennaio 2022, ore 15,33), non poteva avere conoscenza della pendenza del giudizio di merito radicato dinanzi al Tribunale di Lucca, posto che il ricorso e il decreto di fissazione di udienza le erano stati notificati solo pochi minuti prima (il 17 gennaio 2022, ore 14,45).
Tuttavia, rimarca la difesa dello Stato, lo stesso rimettente ravvisa un vuoto di tutela anche nel caso in cui il soggetto che invoca la misura cautelare, pur essendo a conoscenza della pendenza del giudizio di merito continente, intenda, cionondimeno, avvalersi di un foro territoriale alternativo, nella specie ai sensi dell'art. 413 c.p.c.
Ad avviso dell'Avvocatura generale dello Stato, la questione di legittimità costituzionale non potrebbe essere indifferentemente basata su entrambe le indicate prospettazioni del fatto processuale.
Il dubbio nell'inquadramento della situazione processuale - prosegue l'interveniente - inficia altresì la motivazione sulle ragioni della dedotta violazione degli artt. 3 e 24 Cost., essendosi il Giudice *a quo* limitato a evocare tali parametri costituzionali senza, tuttavia, chiarire in che modo l'incompetenza del giudice adito per secondo comporterebbe, nei casi alternativamente descritti, un vuoto di tutela.
2.1.1.- La difesa dello Stato reputa le questioni sollevate comunque inammissibili per insufficiente interpretazione della disposizione oggetto di censura.
L'interveniente, pur ritenendo corretto l'assunto per il quale ricorre una relazione di continenza tra l'azione di nullità o di accertamento negativo del patto di non concorrenza previamente proposta dinanzi al Tribunale di Lucca dal resistente nel giudizio *a quo* e la domanda di adempimento del medesimo patto preannunciata dalla parte datoriale con la domanda cautelare avanzata davanti al Tribunale di Siena, reputa, per contro, inesatta l'affermazione secondo la quale, nel caso in cui la domanda "contenuta" non venga proposta come domanda di merito, ma di essa si chieda l'anticipazione cautelare, debba necessariamente trovare applicazione l'art. 669-*quater* c.p.c.
La disposizione censurata, nel prevedere che, nel caso in cui la causa di merito, la cui fruttuosità debba essere assicurata da un provvedimento cautelare, penda davanti ad un determinato giudice, l'istanza cautelare va rivolta a quest'ultimo, si riferirebbe alla medesima domanda di merito, cioè ad una domanda caratterizzata da identici soggetti, *petitum e causa petendi*.
La *ratio* della previsione in scrutinio coinciderebbe con la finalità di unificare la cognizione cautelare e di merito dinanzi allo stesso giudice del processo di cognizione, onde evitare la scissione delle due tutele, attesa l'inidoneità del procedimento cautelare a pervenire ad un provvedimento definitivo.
Per contro, secondo la difesa statale, se la causa di merito già pendente è caratterizzata da un *petitum* e da una *causa petendi* diversi da quelli della domanda preannunciata nel procedimento cautelare autonomo successivamente promosso, l'art. 669-*quater* c.p.c. «non è necessariamente applicabile».
Infatti, il giudice adito con la domanda cautelare, in caso di pendenza di un giudizio di merito avvinto da un rapporto di continenza alla causa ivi prefigurata, dovrebbe pronunciarsi sulla cautela e, in caso di accoglimento, fissare il termine *ex* art. 669-*octies*, primo comma, c.p.c., per l'introduzione del giudizio di merito, spettando, poi, al giudice di questo processo valutare se sussista la continenza ed eventualmente provvedere ai sensi dell'art. 39, secondo comma, c.p.c., fissando il termine per la riassunzione del processo davanti al giudice preventivamente adito.
2.2.- In subordine, l'Avvocatura generale dello Stato assume la non fondatezza delle questioni sollevate.
2.2.1.- Non risulterebbe, anzitutto, precisata la ragione per la quale la disposizione censurata si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., non essendo chiaro se la fattispecie assunta a *tertium comparationis* sia quella delineata dall'art. 27 c.p.p.
Ritiene, comunque, l'interveniente che la disciplina delle misure cautelari penali non possa essere posta a confronto con quella del processo cautelare civile, essendo diverse le rispettive finalità.
2.2.2.- Secondo la difesa statale, la questione non sarebbe fondata neanche in riferimento all'art. 24 Cost.
Il principio secondo il quale la tutela cautelare costituisce un contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale sarebbe violato soltanto nel caso in cui l'azione cautelare venisse del tutto esclusa dai mezzi di difesa di un determinato diritto.
Tale evenienza - argomenta l'interveniente - è, invece, da escludersi nel caso in scrutinio, in quanto l'art. 669-*septies* c.p.c., non esaminato dal rimettente, dispone chiaramente che l'ordinanza di incompetenza non preclude la riproposizione della domanda cautelare.
2.2.3.- In merito alla censura che lamenta che la disposizione in scrutinio impedirebbe alla parte interessata di avvalersi di uno dei fori alternativi accordati dall'art. 413 c.p.c., il Presidente del Consiglio dei ministri osserva che, in caso di competenze concorrenti, il sistema del processo civile non offre alla parte una garanzia assoluta della possibilità di rivolgersi facoltativamente ad uno dei giudici indicati come competenti, posto che, a norma degli artt. 39 e 40 c.p.c.,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la continenza e la connessione tra cause determinano sempre una modificazione delle regole sulla competenza, attribuendola ad un solo giudice in base al criterio della prevenzione (art. 39, secondo e terzo comma, c.p.c.) o dell'accessorietà (art. 40, primo comma, c.p.c.).
Secondo la difesa statale, alla base di tali previsioni risiederebbero le esigenze di semplificazione, di concentrazione e di ragionevole durata del processo garantite dall'art. 111, primo comma, Cost.
2.2.4.- Non avrebbe fondamento neppure il rilievo secondo il quale, nella fattispecie in scrutinio, la tutela cautelare sarebbe limitata in ragione della mancata conoscenza, da parte del soggetto che invoca il provvedimento cautelare, della prevenzione del giudizio di merito.
Osserva, al riguardo, l'Avvocatura generale dello Stato che, a mente dell'art. 39, terzo comma, c.p.c., la prevenzione può essere determinata dal semplice deposito dell'atto introduttivo del giudizio, ove questo debba essere instaurato con ricorso, né tale meccanismo può recare vulnus al principio di uguaglianza, posto che rientra nella discrezionalità del legislatore differenziare le forme processuali, proprio al fine di salvaguardare l'uguaglianza sostanziale.
Da ultimo, l'interveniente sottolinea che, comunque, nel caso di specie il ricorso cautelare, che il rimettente assume pregiudicato, risulta essere stato depositato dieci giorni dopo il deposito del ricorso introduttivo del giudizio di merito.

Considerato in diritto

1.- Il Tribunale ordinario di Siena, in funzione di giudice del lavoro, dubita della legittimità costituzionale dell'art. 669-*quater* c.p.c., nella parte in cui, secondo l'interpretazione offertane da un consolidato orientamento della giurisprudenza di merito, ove penda un giudizio di cognizione in rapporto di continenza con la causa di merito prefigurata in un successivo ricorso cautelare *ante causam*, impone al giudice della cautela di dichiarare la propria incompetenza in favore del giudice della causa continente preventivamente adito.
Ad avviso del rimettente, la disposizione censurata, così interpretata, contrasterebbe con l'art. 3 Cost., in quanto, comportando, quale conseguenza della declinatoria di competenza del giudice della cautela in favore di quello del processo continente, l'inefficacia del provvedimento cautelare concesso *inaudita altera parte*, determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento rispetto a quanto si verifica nel processo penale, nel quale, a norma dell'art. 27 c.p.p. la misura cautelare emessa dal giudice incompetente perde efficacia solo se, decorsi venti giorni dalla ordinanza di trasmissione degli atti, il giudice competente non provveda ai sensi degli artt. 292, 317 e 321 c.p.p.
Sarebbe, inoltre, violato l'art. 24 Cost., in quanto, nella situazione indicata, la norma in scrutinio determinerebbe un vuoto di tutela anzitutto nel caso in cui la parte che invoca la cautela, non essendo a conoscenza della pendenza della causa di merito continente, abbia introdotto in buona fede il procedimento cautelare *ante causam* dinanzi ad un diverso giudice astrattamente competente.
Un vuoto di tutela cautelare si verificherebbe, altresì, nell'ipotesi in cui, pur essendo a conoscenza di tale pendenza, la stessa parte intenda avvalersi di un foro territoriale alternativo, giacché nel giudizio preventivamente instaurato non è stata avanzata alcuna domanda rispetto alla quale l'esperita azione cautelare si ponga in relazione di strumentalità.
2.- Va preliminarmente dato conto delle diverse eccezioni di inammissibilità sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri, intervenuto nel giudizio con il patrocinio dell'Avvocatura generale dello Stato.
2.1.- La difesa statale ha, anzitutto, eccepito il difetto di motivazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza delle questioni proposte.
Una prima ragione di inammissibilità discenderebbe dalla formulazione in termini di irrisolta alternatività della censura che denunzia il vuoto di tutela cautelare, per essere la stessa basata, al contempo, sia sulla impossibilità, per il ricorrente in via cautelare in buona fede, di conoscere materialmente la pendenza del giudizio di merito continente, sia sull'impedimento, per lo stesso richiedente la cautela, ad avvalersi di un altro foro concorrente ai sensi dell'art. 413, secondo comma, c.p.c. in ragione della preventiva instaurazione della causa di merito continente.
L'interveniente lamenta, altresì, la carenza della motivazione sulle ragioni della dedotta violazione degli artt. 3 e 24 Cost., per essersi il Giudice *a quo* limitato a evocare tali parametri costituzionali senza, tuttavia, chiarire in che modo l'incompetenza del giudice adito per secondo comporterebbe, nei casi alternativamente descritti, un vuoto di tutela.
La difesa dello Stato reputa, poi, le questioni inammissibili per «insufficiente interpretazione delle norme denunciate», nonché per l'erroneità - oltre che per la carenza di motivazione - della premessa interpretativa secondo la quale, in caso di continenza tra la causa di merito previamente introdotta e il procedimento cautelare successivamente promosso davanti ad un diverso Ufficio giudiziario, la domanda cautelare non potrebbe essere esaminata dal giudice adito, il quale dovrebbe dichiararsi incompetente in favore del giudice della causa continente.
3.- L'eccezione da ultimo illustrata ha carattere logicamente preliminare rispetto alle altre e pertanto deve essere esaminata prioritariamente.
Essa è fondata, sia pure alla stregua di un percorso argomentativo parzialmente diverso da quello svolto dalla difesa statale.
3.1.- I dubbi di illegittimità costituzionale sollevati dal rimettente traggono origine dall'interpretazione - accolta da un cospicuo numero di pronunce di merito, per lo più adottate da Giudici del lavoro e in fattispecie analoghe a quella oggetto del processo principale - secondo la quale, ai fini dell'individuazione della

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

competenza cautelare pendente *iudicio*, per «causa pendente per il merito» ai sensi dell'art. 669-*quater*, primo comma, c.p.c. deve intendersi anche il giudizio di cognizione avvinto da una relazione di continenza a quello prefigurato nella domanda cautelare *ante causam*.

Tale esegesi poggia sull'orientamento di legittimità secondo il quale la disciplina della continenza dettata dall'art. 39, secondo comma, c.p.c. non trova applicazione solo nell'ipotesi in cui due cause, pendenti contemporaneamente tra gli stessi soggetti davanti a giudici diversi, condividono la medesima *causa petendi*, ma differiscono nel *petitum* sotto il profilo quantitativo, in quanto l'una è contenuta nell'altra. Essa si applica altresì quando le domande, pur vertendo su un unico rapporto sostanziale, siano interdipendenti o contrapposte, nonché, più in generale, «quando le questioni dedotte con la domanda anteriormente proposta costituiscano il necessario presupposto (alla stregua della sussistenza di un nesso di pregiudizialità logico-giuridica) per la definizione del giudizio successivo, come nell'ipotesi in cui le contrapposte domande abbiano ad oggetto il riconoscimento e la tutela di diritti derivanti dallo stesso rapporto e il loro esito dipenda dalla soluzione di una o più questioni comuni» (*ex aliis*, Corte di Cassazione, sezione sesta civile, ordinanza 18 febbraio 2022, n. 5340).

Sulla scorta di tale ricostruzione, la richiamata giurisprudenza di merito evidenzia che, nelle fattispecie come quella sottoposta all'odierno rimettente, si pone la necessità di addivenire ad un accertamento coerente e unitario sulla validità del patto di non concorrenza *ex* art. 2125 del Codice civile, il quale, da un lato, è oggetto di un processo di accertamento negativo a cognizione piena introdotto dal dipendente cessato dal rapporto di lavoro, e, dall'altro, è dedotto a fondamento della contrapposta e speculare domanda prospettata dal datore di lavoro con il ricorso cautelare. Sicché, se è vero che la domanda cautelare ha un contenuto essenzialmente inibitorio, e quindi differente dalla dichiarazione di nullità del patto di non concorrenza richiesta nel giudizio di cognizione, tuttavia, all'accertamento incidentale della validità di tale convenzione è chiamato il giudice della cautela, in sede di valutazione della sussistenza del *fumus boni iuris*, così come il giudice della causa di merito ai fini della decisione a cognizione piena.

In definitiva, secondo l'interpretazione di merito evocata dal rimettente, la diversità del *petitum* e della *causa petendi* non osta alla configurabilità di una relazione di continenza tra i due procedimenti, né vale ad escludere che tra gli stessi intercorra il tipico rapporto di strumentalità funzionale che lega il processo cautelare a quello di cognizione (Tribunale di Roma, sezione lavoro, ordinanza 21 dicembre 2020; in senso conforme, *ex aliis*, Tribunale di Milano, sezione lavoro, ordinanza 20 gennaio 2022; Tribunale di Bergamo, sezione lavoro, ordinanza 29 aprile 2021; Tribunale di Parma, sezione lavoro, ordinanza 20 aprile 2018).

3.2.- Il giudice *a quo*, da un lato, considera il ricordato orientamento di merito espressione di un "diritto vivente", tanto da sostenere che un diverso percorso interpretativo si rivelerebbe «[i]mprevedibile, inatteso e privo di segnali anticipatori»; dall'altro, sospetta che l'esegesi che ne costituisce il fondamento, per gli esiti applicativi cui conduce, esibisca i profili di illegittimità costituzionale prospettati.

3.2.1.- È, tuttavia, da rilevarsi che sull'interpretazione oggetto dei dubbi di illegittimità costituzionale manca, in realtà, un "diritto vivente", posto che, a fronte dell'indirizzo di cui dà conto il rimettente, si registrano pronunce di segno contrario non solo nell'ambito della stessa giurisprudenza di merito (Tribunale di Roma, ordinanza 6 ottobre 2015, resa in procedimento per sequestro conservativo; Tribunale di Pescara, 21 ottobre 2006, resa in procedimento *ex* art. 700 c.p.c. in materia di segnalazione alla Centrale dei rischi della Banca d'Italia), ma anche in seno a quella di legittimità.

La Corte di Cassazione si è, infatti, espressa sullo specifico tema in esame, sia pure in un limitato numero di risalenti decisioni relative a fattispecie soggette alla disciplina anteriore alla introduzione del rito cautelare uniforme, al quale si riferisce la disposizione censurata.

Alcune pronunce hanno affermato che la causa pendente per il merito, rilevante ai fini della determinazione della competenza cautelare nel corso del giudizio, coincide con quella, vertente tra le stesse parti, nella quale si faccia valere il medesimo diritto che si afferma minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile ai fini della tutela in via cautelare e non quando investa un diritto diverso, ancorché connesso o contrapposto a quello dedotto nel procedimento d'urgenza; che, quindi, la causa pendente deve identificarsi per personae, *petitum* e *causa petendi* con quella che dovrebbe essere instaurata dopo il provvedimento cautelare (Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenze 8 ottobre 1987, n. 7508 e 2 luglio 1981, n. 4284).

In altre occasioni, la stessa Corte di legittimità si è orientata in senso diverso, assumendo che, in tema di provvedimenti d'urgenza, la causa per il merito è quella tra le stesse parti, nella quale si faccia valere il medesimo diritto che si afferma minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile, ancorché si tratti di fatti cronologicamente successivi e diversi da quello precedente già denunciato, e per il quale pende causa di merito, ed «[è] quindi logico e legittimo ritenere […] la sussistenza di un univoco disegno illegittimo esplicatosi, cronologicamente, in una serie di episodi non autonomamente valutabili ma nella loro globalità», (Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenza 23 dicembre 1993, n. 12765; in senso analogo Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenza 23 ottobre 1993, n. 10554).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3.3.- Alla luce di quanto premesso, deve escludersi che l'interpretazione sulla quale si incentrano le censure del rimettente possa essere assunta a diritto vivente valutabile ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, posto che, come questa Corte ha già avuto modo di precisare, «alcune pronunzie adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un "diritto vivente"» (*ex aliis*, sentenze n. 78 del 2012 e n. 217 del 2010), essendo, per contro, necessario un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità (*ex aliis*, sentenze n. 243 e n. 20 del 2022 e n. 1 del 2021), o comunque espresso a Sezioni unite (sentenze n. 13 del 2022 e n. 33 del 2021). Un siffatto orientamento non può ritenersi formato nella materia in scrutinio, avuto riguardo alla non univocità e al carattere risalente dei ricordati precedenti.
D'altro canto, risulta difficilmente ipotizzabile che sulla *quaestio iuris* qui in esame si delinei un indirizzo interpretativo dell'organo della nomofilachia connotato dai caratteri della costanza e della ripetizione, posto che, secondo l'impostazione da tempo accolta dalla giurisprudenza di legittimità, l'ordinanza di incompetenza cautelare ai sensi dell'art. 669-*septies*, primo comma, c.p.c. non è impugnabile mediante regolamento preventivo di giurisdizione (*ex aliis*, Corte di Cassazione, sezioni unite civili, ordinanze 24 maggio 2022, n. 16764 e 28 febbraio 2019, n. 6039), né mediante regolamento di competenza (Corte di Cassazione, sezioni unite civili, ordinanze 29 luglio 2013, n. 18189 e 9 luglio 2009, n. 16091; sezione sesta civile, ordinanza 20 gennaio 2017, n. 1613). Più in generale, avverso i provvedimenti cautelari *ante causam*, ivi compresi quelli aventi natura anticipatoria, non è proponibile il ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost., trattandosi di pronunce prive del carattere della stabilità e inidonee al passaggio in giudicato (*ex aliis*, ancora Corte di Cassazione, sezioni unite civili, ordinanza n. 6039 del 2019).
La peculiarità effettuale della tutela cautelare non consente nemmeno di trarre utili indicazioni ricostruttive dalle enunciazioni espresse dalla giurisprudenza di legittimità in merito alla pronuncia di litispendenza o di continenza emessa nella fase sommaria del procedimento *ex* art. 1, commi 47 e seguenti, della legge 28 giugno 2012, n. 92 («*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*»), dal momento che, come chiarito dalla stessa Corte di Cassazione, l'ordinanza che conclude la fase sommaria di tale giudizio è, a differenza del provvedimento d'urgenza *ante causam*, idonea al passaggio in giudicato in caso di omessa opposizione (Corte di Cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 31 luglio 2014, n. 17443).
4.- Il rimettente, quindi, erroneamente ha ritenuto che sulla interpretazione contestata si sia formato un diritto vivente e, promuovendo l'incidente di legittimità costituzionale, ha inteso conseguire dalla Corte un avallo ad una delle possibili opzioni ricostruttive.
Siffatto uso improprio dello strumento dello scrutinio di legittimità costituzionale rende inammissibili le questioni sollevate (*ex plurimis*, sentenze n. 132 del 2019 e n. 21 del 2013; ordinanze n. 97 del 2017, n. 87 e n. 33 del 2016), con assorbimento di ogni altro profilo di inammissibilità.

Per Questi Motivi

La Corte costituzionale dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 669-*quater* del Codice di procedura civile sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Siena, in funzione di giudice del lavoro, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Nota

La vicenda processuale chiarisce i termini della questione. Una banca, ritenendo che un proprio dipendente, dimessosi, avesse posto in essere comportamenti di concorrenza sleale, prima di intraprendere l'azione di merito volta ad ottenere l'accertamento della violazione, proponeva (a cautela dell'azione stessa) al Tribunale ordinario di Siena, in funzione di giudice del lavoro, **ricorso** per **provvedimento d'urgenza *ante causam*** ai sensi dell'**art. 700 c.p.c.** Il giudice, con decreto, ordinava al lavoratore di astenersi immediatamente dalla violazione del patto di non concorrenza e fissava l'udienza per la conferma, la modifica o la revoca del provvedimento emesso *inaudita altera parte.*

Il lavoratore, nel costituirsi, eccepiva l'incompetenza del Tribunale di Siena in favore del Tribunale ordinario di Lucca, chiedendo **revocarsi** il **provvedimento d'urgenza**, in quanto dinanzi a quest'ultimo giudice pendeva un **giudizio di cognizione ordinaria**, da lui promosso, avente ad oggetto l'accertamento che egli non stesse svolgendo alcuna attività in contrasto con il patto di non concorrenza stipulato con la banca datrice di lavoro *ex* art. 2125 c.c.

A questo punto il remittente Tribunale di Siena riteneva di dover fare applicazione dell'**art. 669-*quater* c.p.c.**, interpretato nel senso che, nel caso in cui penda un giudizio di cognizione in rapporto di continenza con l'azione di merito preannunciata nel ricorso cautelare *ante causam*, il giudice

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della cautela deve dichiarare la propria incompetenza in favore del giudice della causa continente e, quindi, revocare il provvedimento cautelare concesso *inaudita altera parte*.

In tale prospettiva la norma era censurata in quanto lesiva: ***1)*** dell'art. 3 Cost., poiché, comportando l'inefficacia del provvedimento *inaudita altera parte* eventualmente emesso nel giudizio cautelare, darebbe luogo ad una irragionevole disparità di trattamento rispetto al processo penale, nel quale, a norma dell'art. 27 c.p.p., la misura cautelare emessa dal giudice incompetente perde efficacia solo se, decorsi 20 giorni dalla trasmissione degli atti, il giudice competente non provvede; ***2)*** dell'art. 24 Cost., in quanto determinerebbe un vuoto di tutela, sia nell'ipotesi in cui la parte che invoca la tutela cautelare, non essendo a conoscenza della pendenza della causa di merito continente, abbia radicato in buona fede il giudizio cautelare *ante causam* dinanzi ad un diverso giudice, comunque competente; sia nel caso in cui, pur essendone a conoscenza, la stessa parte intenda avvalersi di un foro territoriale alternativo, posto che nel giudizio preventivamente instaurato non è stata avanzata alcuna domanda rispetto alla quale l'azione cautelare possa ritenersi strumentale.

Secondo l'Avvocatura dello Stato sarebbe erronea la premessa interpretativa secondo la quale, in caso di continenza tra la causa di merito previamente introdotta e il procedimento cautelare successivamente promosso davanti ad un diverso Ufficio giudiziario, la domanda cautelare non potrebbe essere esaminata dal giudice adito, il quale dovrebbe dichiararsi incompetente in favore del giudice della causa continente.

La sentenza in rassegna (ed è questo il passaggio fondamentale) replica che il giudizio è inammissibile per un'altra ragione: e cioè che tale interpretazione non è affatto declinabile in termini di diritto vivente, quindi non è erronea, ma non è suffragata da una interpretazione giurisprudenziale consolidata, anzi non solo vi sono sentenze di merito in senso contrario, ma perfino ciò che si desume dalla giurisprudenza della Cassazione non depone affatto in senso univoco.

Il **problema** è il **seguente**: come deve leggersi la norma impugnata che recita «Quando vi è causa pendente per il merito la domanda deve essere proposta al giudice della stessa?»

Osserva la Corte che **non è affatto pacifica l'interpretazione di merito** evocata dal rimettente, secondo la quale la diversità del *petitum* e della causa *petendi* non osta alla configurabilità di una relazione di continenza tra i due procedimenti, né vale ad escludere che tra gli stessi intercorra il tipico rapporto di strumentalità funzionale che lega il processo cautelare a quello di cognizione. Essa **non è neppure desumibile dalla giurisprudenza di legittimità** (seppure anteriore all'introduzione del rito cautelare uniforme) nella quale, anzi, si rinvengono pronunce di segno contrario.

Da un lato la Cassazione ha affermato che la causa pendente per il merito coincide con quella, vertente tra le stesse parti, nella quale si faccia valere il medesimo diritto che si afferma minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile ai fini della tutela in via cautelare e non quella che investa un diritto diverso, ancorché connesso o contrapposto a quello dedotto nel procedimento d'urgenza, quindi la causa pendente deve identificarsi per *personae*, *petitum* e *causa petendi* con quella che dovrebbe essere instaurata dopo il provvedimento cautelare.

Dall'altro lato si è, invece, ritenuto che tale qualificazione possa darsi ancorché la causa di merito verta su fatti cronologicamente successivi e diversi da quello precedente già denunciato, e per il quale, appunto, pende causa di merito. (1)

Il tema, dunque è quello della ravvisabilità, o meno, del rapporto di continenza e strumentalità funzionale. (2)

La **domanda cautelare** ha un contenuto essenzialmente inibitorio, e quindi differente dall'accertamento della non violazione del patto di non concorrenza richiesto nel giudizio di cognizione, quindi il giudice della cautela, in sede di valutazione della sussistenza del *fumus boni iu-*

(1) Difetta perciò «un indirizzo interpretativo dell'Organo della nomofilachia connotato dai caratteri della costanza e della ripetizione», come appunto la sentenza in rassegna definisce il principale elemento sintomatico del diritto vivente.

(2) In dottrina cfr. F. De Stefano, *La più recente giurisprudenza di legittimità su litispendenza e continenza*, in *Il giusto proc. civ.*, 2016, pagg. 255 e ss.; C.E. Balbi, C. Moretti, *Connessione e continenza nel diritto processuale*, in *Dig. disc. priv.*, 2000; G.F. Ricci, *Litispendenza*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1994; E. Merlin, *Nota in tema di continenza di cause nel processo ordinario di cognizione*, in *Giur. it.*, 1991, pagg. 10 e ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ris, deve necessariamente valutare la validità di tale patto?

È perciò necessario che sia compiuto un **accertamento coerente e unitario sul rispetto** (e sulla validità) del **patto di non concorrenza**, il quale, da un lato, è **oggetto di un processo di accertamento negativo a cognizione piena** introdotto dal dipendente cessato dal rapporto di lavoro, e, dall'altro, è dedotto a fondamento della contrapposta e speculare domanda prospettata dal datore di lavoro con il ricorso cautelare?

E quindi, la preventiva instaurazione di un giudizio a cognizione piena, si pone in un rapporto di continenza con la causa di merito, prefigurata nel ricorso d'urgenza *ante causam* (successivamente promosso), tale da comportare necessariamente l'attrazione della decisione sulla domanda cautelare alla competenza del giudice della causa di merito preventivamente adito?

La **risposta** che la giurisprudenza ha dato a queste domande **non è pacificamente affermativa**, almeno **non al punto da potersi qualificare come** "**diritto vivente**". (3) Perciò, conclude la sentenza in rassegna: «Il rimettente (…) erroneamente ha ritenuto che sulla interpretazione contestata si sia formato un diritto vivente e, promuovendo l'incidente di legittimità costituzionale, ha inteso conseguire dalla Corte un avallo ad una delle possibili opzioni ricostruttive».

Adesso come dovrà regolarsi il Tribunale di Siena?

Se riterrà di mantenere l'orientamento che lo ha portato a sollevare la questione, dovrà **revocare il provvedimento cautelare e declinare la propria competenza** a favore del Tribunale di Lucca, tenendo presente che, come esplicitamente ricorda la sentenza in rassegna, «l'ordinanza di incompetenza cautelare ai sensi dell'art. 669-*septies*, primo comma, c.p.c. non è impugnabile mediante regolamento preventivo di giurisdizione (…) né mediante regolamento di competenza».

Diversamente opinando e trattenendo la causa, si porrà in contrasto con l'orientamento di merito, formatosi proprio sul tema del patto di non concorrenza (4), la cui assoluta prevalenza dovrebbe peraltro sconsigliare tale soluzione, che la sentenza in rassegna, certamente, non invita ad adottare.

G.S.

(3) Testualmente la sentenza: «questa Corte ha già avuto modo di precisare, "alcune pronunzie adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un 'diritto vivente'" (*ex aliis*, sentenze n. 78 del 2012 e n. 217 del 2010), essendo, per contro, necessario un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità (*ex aliis*, sentenze n. 243 e n. 20 del 2022 e n. 1 del 2021), o comunque espresso a Sezioni unite (sentenze n. 13 del 2022 e n. 33 del 2021). Un siffatto orientamento non può ritenersi formato nella materia in scrutinio».

(4) «La preventiva proposizione della domanda di accertamento dell'invalidità del patto di non concorrenza, rispetto alla domanda cautelare di inibitoria dello svolgimento dell'attività esecutiva di quello stesso patto, avrebbe dunque imposto che tale secondo giudizio, *ex* art. 669-*quater* c.p.c., venisse incardinato dinanzi al Giudice della causa già pendente per il merito» così Trib. Milano, sez. lav., 20 gennaio 2022, ord.; Trib. Milano, sez. lav., 23 novembre 2021, ord.; Trib. Milano, sez. lav., 17 novembre 2021, ord.; Trib. Milano, sez. lav., 28 settembre 2021, ord.; Trib. Milano, sez. lav., ordinanza 5 luglio 2021; Trib. Milano, sez. lav., 4 marzo 2021, ord.; Trib. Roma, sez. lav., 6 febbraio 2018, ord.; Trib. Roma, sez. lav., 24 aprile 2017, ord.; Trib. Parma, sez. lav., 20 aprile 2018, ord.; Trib. Bergamo, sez. lav., 29 aprile 2021, ord.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Rassegna della Cassazione penale

a cura di Raffaele Guariniello

10 marzo – 30 marzo 2023

Assoluzione delle persone fisiche e condanna dell'impresa

Cass. pen., sez. IV, 10 marzo 2023 (c.c. 10 febbraio 2023), n. 10143 - Pres. Ferranti - Est. Bruno - P.M. (Conf.) - Ric. Srl

Responsabilità amministrativa degli enti - Infortunio sul lavoro - Lesione personale colposa - Omessa individuazione dell'autore - Condanna dell'ente - Contrasto di giudicato - Esclusione

In caso di revisione della sentenza avente ad oggetto la responsabilità dell'ente ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 per contrasto di giudicato, ove in separato giudizio si sia pervenuti all'assoluzione della persona fisica per il reato presupposto, è sempre necessario verificare se la ricorrenza del fatto illecito sia stata accertata, discendendo la inconciliabilità del giudicato solo dalla negazione del fatto storico e non anche dalla mancata individuazione della persona fisica del suo autore, in quanto, ai sensi dell'art. 8 D.Lgs. n. 231/2001, la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato.

Nota

In virtù del **principio di** "**autonomia delle responsabilità dell'ente**" previsto dall'**art. 8, comma 1, D.Lgs. n. 231/2001** [La responsabilità dell'ente sussiste anche quando ***a)*** l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; ***b)*** il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia»], non sorprende - anche se vale a confermare l'efficacia social-preventiva della responsabilità c.d. "*amministrativa*" delle imprese sul terreno della sicurezza sul lavoro - l'ipotesi messa in luce dalla presente pronuncia.

In seguito a sentenza irrevocabile di patteggiamento per l'illecito amministrativo correlato al reato di lesione personale colposa in danno di un lavoratore infortunatosi, una Srl presenta istanza di revisione per la risoluzione del conflitto tra questa sentenza di patteggiamento e la sentenza di assoluzione degli imputati persone fisiche (delegato del datore di lavoro e custode dello stabilimento). Contro il rigetto dell'istanza da parte della Corte d'Appello, la Srl propone ricorso per Cassazione.

Per cominciare, la Sez. IV ritiene ammissibile l'istanza di revisione «anche nell'ambito della responsabilità amministrativa degli enti, dovendosi estendere agli enti tutte le garanzie previste per il condannato in quanto compatibili (art. 35 D.Lgs. n. 231/2001: «all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili»). Peraltro, dichiara inammissibile il ricorso della Srl, in quanto «il giudizio di revisione non può essere fondato sulla incompatibilità di due giudicati, a meno che non vi sia prova che tale incompatibilità riguardi il fatto storico». Con riguardo al caso in esame, rileva che «il fatto storico è rappresentato dalla esistenza di un infortunio occorso sul luogo di lavoro ad un dipendente della Srl», e che «nella sentenza di assoluzione non si è negato il fatto (caduta di un portone scorrevole, non correttamente assicurato alle guide, che aveva cagionato lesioni gravi al dipendente sul luogo di lavoro), ma si è escluso che i due imputati rivestissero una posizione di garanzia». Insegna che «in caso di revisione della sentenza avente ad oggetto la responsabilità dell'ente ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 per contrasto di giudicato, ove in separato giudizio si sia pervenuti all'**assoluzione** della **persona fisica per il reato presupposto**, è sempre necessario **verificare se la ricorrenza del fatto illecito sia stata accertata**, discendendo la inconciliabilità del giudicato solo dalla negazione del fatto storico e non anche dalla mancata individuazione della persona fisica del suo autore» e «ciò in quanto, ai sensi dell'art. 8 D.Lgs. n. 231/2001, la **responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato**».

(In argomento v. l'e-book R. Guariniello, *La responsabilità amministrativa delle imprese a tutela del lavoro e dell'ambiente*, Wolters Kluwer, 2022, pagg. 9 ss.).

Costituzione di parte civile dell'Anmil

Cass. pen., sez. IV, 13 marzo 2023 (u.p. 7 febbraio 2023), n. 10309 - Pres. Ciampi - Est. Pavich - P.M. (Conf.) Odello - Ric. C.

Parte civile - Omicidio colposo - Infortunio sul lavoro - Costituzione di parte civile dell'Anmil - Ammissibilità

Nel procedimento penale per omicidio colposo in danno di un lavoratore infortunato, l'Anmil, in relazione ai propri scopi associativi, è legittimata a costituirsi parte civi-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

le *iure proprio* in relazione al danno costituito dalla perdita di credibilità dell'azione di tutela delle condizioni di lavoro svolta con riferimento alla sicurezza dei luoghi di lavoro e alla prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali.

Nota

La Corte Suprema torna sul tema relativo alla legittimazione a costituirsi parte civile di Associazioni come l'Anmil nei procedimenti penali per i reati commessi in danno di lavoratori (sul tema, anche con specifico riguardo all'Anmil, v. Guariniello, *Il T.U. Sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, dodicesima edizione, Wolters Kluwer, 2022, pagg. 772 ss.).

Nell'ipotesi affrontata dalla sentenza qui annotata, la datrice di lavoro di una Srl operante nello smaltimento e nella selezione dei rifiuti viene condannata per omicidio colposo in danno di un dipendente addetto a un macchinario per la selezione dei rifiuti solidi urbani privo di protezioni. Nel ricorrere per Cassazione, deduce, in particolare, il «difetto di legittimazione dell'Anmil (Associazione Nazionale Mutilati e Invalidi del Lavoro), la quale non risulta avere un chiaro e specifico interesse pregiudicato dal reato, comunque rientrante nei propri scopi istituzionali». Inoltre, sottolinea che la Srl «non è una Pubblica Amministrazione o un ente», e che «l'asserito discredito ricevuto dal reato e il pregiudizio all'immagine e alla reputazione, cui l'Anmil si era richiamata nel costituirsi parte civile, non hanno formato oggetto di alcuna argomentazione da parte del Tribunale».

La Sez. IV non condivide queste argomentazioni. Premette che «la **legittimazione a costituirsi parte civile** dell'Ente esponenziale è legata al fatto che la pretesa civilistica dell'Ente nell'ambito del giudizio penale sia correlata alla compromissione di un proprio **specifico interesse** e di una propria **finalità statutaria**». Nel far leva sulle indicazioni emerse nel caso della ThyssenKrupp, ritiene che «l'Anmil, in relazione ai propri scopi associativi (tra i quali si riportano a mero titolo di esempio, nello statuto dell'Associazione, il perseguimento di "scopi di rappresentanza, assistenza morale e materiale delle vittime di infortunio sul lavoro o malattia professionale e loro familiari, e dei lavoratori esposti ai rischi professionali come singoli e come categoria", così come il "pieno riconoscimento del diritto alla previdenza ed assistenza sanitaria e sociale ed alla tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro"), fosse legittimata a costituirsi parte civile *iure proprio* in relazione al **danno** costituito dalla **perdita di credibilità dell'azione di tutela delle condizioni di lavoro** svolta con riferimento alla sicurezza dei luoghi di lavoro e alla prevenzione delle malattie professionali».

Omessa denuncia obbligatoria e dolo specifico

Cass. pen., sez. III, 23 marzo 2023 (u.p. 16 febbraio 2023), n. 12155 - Pres. Ramacci - Est. Galterio - P.M. (Diff.) Gargiulo - Ric. B.

Omissione o falsità in registrazione o denuncia obbligatoria - Dolo specifico - Elementi dimostrativi

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 37 legge 24 novembre 1981 n. 689, il dolo specifico costituito dal fine di non versare in tutto o in parte contributi e premi previsti dalle leggi sulla previdenza e assistenza obbligatorie è da ritenersi sussistente, ove ricorrano elementi fattuali dimostrativi che il soggetto obbligato abbia consapevolmente preordinato l'omessa denuncia all'Ente previdenziale all'evasione contributiva a suo carico per quantità superiori alla soglia di rilevanza penale fissata dallo stesso art. 37 legge n. 689/1981. (Nella fattispecie, si è ritenuto che, unitamente al preavviso da parte del consulente del lavoro incaricato, la conclamata *impasse* finanziaria della società, lungi dal configurare una scriminante, avvalora l'intenzionalità dell'omissione costituita dall'omessa denuncia all'Ente previdenziale della posizione contributiva dei lavoratori subordinati pur limitata a due sole mensilità).

Nota

Condannato per il **reato** di cui all'**art. 37 legge n. 689/1981** in rapporto all'**omessa presentazione all'Inps** delle **denunce contributive assicurative** per i **lavoratori dipendenti** inerenti a due mensilità, il datore di lavoro contesta «la configurabilità del reato stante la mancata dimostrazione del dolo specifico, dovendo l'omissione contestata essere preordinata alla relativa omissione contributiva», e rileva come «la suddetta finalità risultasse esclusa sia dalla sporadicità degli inadempimenti limitati soltanto a due mensilità, neppure in sequenza fra loro, a fronte di una costante ottemperanza nell'intero arco di vita dell'azienda all'obbligo di denuncia, sia dalla concomitante gravissima crisi di liquidità attraversata dalla società, comprovata sia dal ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, sia dalla successiva dichiarazione di fallimento».

In passato, a proposito del **dolo specifico** nel reato di cui all'art. 37 legge n. 689/1981, **Cass. pen., sez. III, 21 settembre 2009, n. 36338** (in *Dir. prat. lav.*, 2009, 46, pag. 2663) osservò che, «nella fattispecie in esame, i Giudici del merito, valutando l'omissione nel contesto di una reiterata omissione del pagamento dei contributi, hanno concluso che l'omissione stessa fosse da porre in relazione alla finalità di non pagare i contributi dovuti». Successivamente, **Cass. pen., sez. III, 12 dicembre 2018, n. 55476** (*ibid.*, 2019, 5, pag. 308) prese atto che l'imputato «non ha provveduto alla presentazione dei mod. DM 10 relativi ai suoi dipendenti e, conseguentemente, non ha versato alcun contributo, né le ritenute operate sulle retribuzioni». Ritenne «sussistente l'elemento soggettivo della fattispecie, costituito, secondo la formula utilizzata dall'art. 37 della legge n. 689/1981, dal "fine di non versare in tutto o in parte contributi e premi previsti dalle leggi sulla previdenza e assistenza obbligatorie"». Spiegò al riguardo che l'imputato «non ha mai versato alcun contributo previdenziale ai propri dipendenti, né ha mai comunicato all'Inps il pagamento delle retribuzioni tramite i DM 10», e che «la specifica finalità di non versare i contributi ai lavoratori ha evidentemente sorretto la condotta omissiva dell'imputato, costituendone la ragione principale, tanto è vero che l'o-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

biettivo che l'imputato si era prefisso è stato poi realizzato». Ma non del tutto collimante apparve l'impostazione accolta successivamente da **Cass. pen., sez. III, 24 febbraio 2021, n. 7154** (*ibid.*, 2021, 14, pag. 884). Condannati per il reato di cui all'art. 37 della legge n. 689/1981, i due soci e liquidatori di una Srl lamentarono che «non è spiegato perché abbiano agito al fine di non pagare i contributi». La Sez. III accolse questa doglianza difensiva. Notò che, «ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 37 legge 24 novembre 1981 n. 689, è necessario che le condotte siano poste in essere con il dolo specifico di non versare in tutto o in parte i contributi previdenziali o assistenziali, e che, a tal fine, non sono sufficienti né il dolo generico, né il dolo eventuale». Prese atto che «la sentenza impugnata ha affermato la sussistenza della finalità specifica di non provvedere ai pagamenti dei contributi all'Inps, desumendola dalla totale omissione delle denunce per i mesi da settembre a novembre 2014, e dalle conseguenze di ulteriore aggravio economico a carico della società in caso di adempimento dell'obbligo». E obiettò che «le circostanze fattuali evidenziate sono inidonee a dimostrare la finalità richiesta dalla legge, perché la inferiscono dal mero fatto della consapevolezza dell'inadempimento, senza confrontarsi con le specificità del contesto in cui si colloca la condotta». Spiegò che, «pur volendo ritenere accertata la consapevolezza dell'omissione, prima di concludere che tale condotta avesse la finalità specifica di evasione contributiva, occorreva dare conto dell'irrilevanza di quelle circostanze fattuali potenzialmente contrastanti con questa ricostruzione, presenti nella specie, e costituite dalla concomitante sottoposizione della società ad una procedura di concordato preventivo, con conseguente immediata rilevabilità delle violazioni degli obblighi di versamento, nonché dalla brevità della protrazione dell'inadempimento, pari a tre mesi, e dalla immediata prossimità di tale fatto alla dichiarazione di fallimento». E nell'annullare con rinvio la condanna, sottolineò «la necessità di un nuovo giudizio diretto ad accertare, in modo logicamente e giuridicamente corretto, se il fatto sia stato commesso "al fine di non versare in tutto o in parte contributi e premi previsti dalle leggi sulla previdenza e assistenza obbligatorie"». (Quanto all'**elemento psicologico del reato** di cui all'art. 37 della legge n. 689/1981 v. anche **Cass. pen., sez. III, 16 settembre 2008, n. 35403**, *ibid.*, 2008, 44, pag. 2544, la quale negò che «possa scriminare il solo affidamento dell'incarico di presentare le denunce; il soggetto obbligato è infatti il **datore di lavoro** che **deve**, come tale, **vigilare a che l'incaricato adempia l'obbligo** di cui egli è esclusivo destinatario»; **Cass. pen., sez. III, 2 marzo 2006, n. 15077**, *ibid.*, 2006, 25, pag. 1408, secondo cui «la circostanza che sussisterebbe un credito da parte della società nei confronti dell'Inps, è elemento estraneo ed irrilevante ai fini della fattispecie criminosa *de qua*, che si è realizzata compiutamente in tutti i suoi elementi costitutivi mediante le mendaci dichiarazioni contenute nei modelli DM 10/M»; nonché, ampiamente, **Cass. pen., sez. III. 15 aprile 2002, n. 14279**, e **Cass. pen., sez. III, 11 aprile 2002, 13903**, *ibid.*, 2002, 20, 1391, alla cui nota si rinvia per ulteriori indicazioni giurisprudenziali).

Sul tema torna ora la Sez. III, peraltro senza espressamente confrontarsi con la recente **n. 7145/2021**. Ribatte alle argomentazioni difensive che «l'inadempimento, seppur limitato a due sole mensilità, non era generato da dimenticanza o accidentalità, ma dipendeva da una precipua scelta dell'imputato espressamente preavvertito dal consulente del lavoro, cui aveva affidato il relativo incarico, comprovata altresì dal successivo mancato versamento dei contributi e dei premi cui le stesse denunce erano riferite». Nota che nel caso di specie «il professionista incaricato della relativa incombenza aveva deliberatamente omesso per talune mensilità di provvedere all'adempimento delle mansioni demandategli a causa del mancato pagamento delle proprie spettanze, preavvertendo tuttavia il cliente», e che pertanto «l'imputato era pienamente consapevole della scadenza del termine entro il quale era chiamato ad adempiere personalmente, inoltrando le denunce in contestazione, agli obblighi nei confronti dell'Ente previdenziale». Prende poi le mosse «dalla stessa nozione di dolo specifico ad integrare il quale è necessaria la coscienza e volontà della condotta commissiva od omissiva preordinata alla finalità ulteriore contemplata dal Legislatore che l'agente deve prendere di mira senza che ne sia necessaria la concreta realizzazione». Richiama «la giurisprudenza formatasi in materia di omessa presentazione della dichiarazione Iva, stante la similitudine dell'impianto strutturale del reato, costituito anch'esso da un'omissione dichiarativa finalizzata all'evasione delle correlate imposte dei redditi o sul valore aggiunto». E sostiene che, «anche nel delitto in esame, dove l'omissione avente ad oggetto le denunce contributive assicurative unificate (i c.d. "*Modelli UniEmens*") assume rilevanza penale se preordinata all'omesso versamento dei contributi o premi dovuti in relazione alle posizioni previdenziali ed assistenziali del personale dipendente, il dolo specifico deriva dalla ricorrenza di elementi fattuali dimostrativi che il soggetto obbligato abbia consapevolmente preordinato l'omessa denuncia all'Ente previdenziale all'evasione contributiva a suo carico per quantità superiori alla soglia di rilevanza penale fissata dallo stesso art. 37 legge n. 689/1981». E ne desume «è proprio la conclamata *impasse* finanziaria della società ad avvalorare, lungi dal configurare una scriminante, l'intenzionalità dell'omissione costituita dall'omessa denuncia all'Ente previdenziale della posizione contributiva dei lavoratori subordinati, che mantengono inalterato il proprio diritto in ragione del sottostante rapporto di lavoro, all'evidenza non derogabile per ragioni contingenti». Precisa che «le **gravi difficoltà** incontrate nel corso della gestione imprenditoriale non valgono a configurare l'invocata **causa di forza maggiore**, ricorrente, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di reati tributari, in presenza di un'**assoluta impossibilità di ottemperare all'adempimento fiscale** legata **a fattori imprevedibili** che sfuggono al dominio finalistico dell'agente», e che «l'inesigibilità di una condotta alternativa rispetto a quella omissiva adottata dall'imputato impone la dimostrazione che non sia stato altrimenti possibile per l'imputato reperire le risorse necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni a suo carico, pur avendo posto in essere tutte le possibili azio-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ni, se del caso anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e ad egli non imputabili, che vanno ben oltre la contingenza negativa attraversata dall'imputato, ponendo peraltro a suo carico specifici e puntuali oneri probatori». Spiega che «non soltanto la dichiarazione di fallimento della società amministrata dall'imputato è intervenuta oltre un anno dopo le omissioni in contestazione, ma neppure risulta dalla prospettazione difensiva che l'invocata crisi di liquidità dell'azienda fosse legata a fattori improvvisi ed imprevedibili, né che avesse impedito il proseguimento dell'attività imprenditoriale, al contrario avvalorata dalla stessa episodicità degli omessi versamenti evidenziata dallo stesso imputato, che sottolinea il perdurante adempimento all'obbligo di denuncia».

Critiche del dipendente in forma di satira

Cass. pen., sez. V, 24 marzo 2023 (u.p. 25 gennaio 2023), n. 12520 - Pres. Zaza - Est. Pilla - P.M. (Parz. conf.) Di Leo - Ric. R.

Diffamazione - Dipendente - Video - Critiche all'azienda in forma di satira - Reato - Esclusione - Condizioni

Non è punibile per il reato di diffamazione il dipendente di uno stabilimento industriale che pubblichi sul portale internet un video contenente una critica formulata nei confronti dell'azienda esercente lo stabilimento con modalità proprie della satira qualora le espressioni usate rientrino entro i limiti della continenza, benché aspre e pungenti.

Nota

Non è infrequente che un reato come la diffamazione coinvolga il mondo del lavoro (per alcuni casi recenti v. Cass. pen., sez. V, 13 settembre 2022, n. 34513, in *Dir. prat. lav.*, 2022, 42, pag. 2592; Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2020, n. 14005, *ibid.*, 2020, 26, pag. 1684; cfr., in generale, L. Alibrandi, *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Piacenza, 2022, pag. 1721).

Di particolare interesse è la fattispecie esaminata dalla presente sentenza: una **condotta di diffamazione** contestata al dipendente di uno stabilimento per la pubblicazione sul portale Internet YouTube di un video nel quale lo stabilimento era equiparato ad un campo di concentramento e la figura dell'amministratore delegato a quella di Hitler. La Sez. V afferma che «nel caso di specie può riconoscersi sussistente l'**esimente** dell'**esercizio** di **diritto di critica** quanto alle espressioni utilizzate dall'imputato». Nel richiamare la giurisprudenza di legittimità in materia, e segnatamente Cass. pen., sez. V, 23 maggio 2013, n. 37706, chiarisce che «il requisito della continenza, nell'ipotesi di critica formulata nelle forme della satira, deve tenere conto delle caratteristiche proprie di tale linguaggio che evoca e chiama in causa i **concetti del paradosso e del simbolismo** con la conseguenza che anche il concetto di correttezza dell'**espressione** va **interpretata e valutata nel peculiare contesto** dal quale l'agente attinge le espressioni utilizzate». Con riguardo alla fattispecie, sostiene che «lo stabilimento nel quale l'imputato era dipendente, era stato interessato da una chiusura protrattasi per circa due mesi, durante la quale il personale era stato destinato ad attività unicamente formativa», e che «le modalità espressive utilizzate nel video realizzato dal dipendente tendono a sottolineare in maniera chiaramente paradossale il disagio dei lavoratori costretti ad una forzata, ancorché temporanea destinazione ad attività diversa da quella lavorativa in senso stretto, situazione percepita soggettivamente come vessatoria». Asserisce che «le espressioni, proprio per il tipo di accostamento operato, non appaiono come un'aggressione personale e gratuita, ma funzionali alla denuncia di un malcontento creatosi in ambito lavorativo, che aveva ingenerato malessere nell'imputato, con la conseguenza che le frasi devono ritenersi **rientranti entro i limiti della continenza espressiva**, benché aspre e pungenti».

Appalti intra-aziendali: obblighi informativi dell'appaltatore

Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2023 (u.p. 7 marzo 2023), n. 13291 - Pres. Di Salvo - Est. Serrao - P.M. (Parz. diff.) - Ric. B. e altro

Sicurezza del lavoro - Appalti all'interno dell'azienda committente - Obblighi informativi dell'appaltatore - Presupposti

Nel caso di lavori appaltati all'interno dell'azienda committente, ogni obbligo informativo che la legge pone a carico dell'appaltatore, con riguardo ai rischi specifici dell'ambiente di lavoro di appannaggio del committente, non può che sorgere in seguito all'adempimento da parte del committente del primigenio dovere di informazione e nella misura in cui tale dovere sia stato assolto, fatti salvi i casi, da accertare in concreto, nei quali sia provata la riconoscibilità *aliunde* di tali rischi, senza peraltro che la legge preveda alcun obbligo per l'appaltatore di attivarsi in tal senso.

(Omissis). - Il Collegio ritiene una precisazione s'imponga con riferimento alla gestione delle informazioni inerenti ai rischi presenti nell'ambiente di lavoro nella ipotesi di appalto endoaziendale. Tale ipotesi, disciplinata dall'art. 26, comma 1, *lett. b)* D.Lgs. n. 81/2008, si verifica allorché il datore di lavoro affidi a terzi la realizzazione di un'attività che avviene nell'ambito della stessa azienda o unità produttiva, all'interno della quale, pertanto, saranno contemporaneamente presenti i lavoratori facenti capo al datore di lavoro committente e i lavoratori dell'appaltatore, oppure lavoratori autonomi. In queste ipotesi, caratterizzate dal presupposto impre-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

scindibile, in quanto previsto dalla legge, che il committente abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto, il primo anello della catena degli obblighi informativi, che giungeranno infine a rendere il lavoratore edotto e consapevole dei rischi ai quali va incontro nello svolgimento della sua attività lavorativa, è rappresentato dall'informazione fornita dal committente all'appaltatore. Nel disegno del Legislatore il committente, fino a quando non le abbia trasmesse all'appaltatore, è unico *dominus* e gestore delle informazioni inerenti ai rischi che sono presenti nell'azienda o unità produttiva, e non potrebbe essere altrimenti in una lettura costituzionalmente orientata della normativa alla luce del principio di colpevolezza. Da tale osservazione deriva la considerazione che ogni obbligo informativo che la legge pone a carico dell'appaltatore, con riguardo ai rischi specifici dell'ambiente di lavoro di appannaggio del committente, non può che sorgere in seguito all'adempimento da parte del committente del primigenio dovere di informazione e nella misura in cui tale dovere sia stato assolto, fatti salvi i casi, da accertare in concreto, nei quali sia provata la riconoscibilità *aliunde* di tali rischi, senza peraltro che la legge preveda alcun obbligo per l'appaltatore di attivarsi in tal senso. In questo passaggio, o omesso passaggio, di informazioni essenziali per l'approntamento delle misure prevenzionistiche si annida una possibile linea di demarcazione tra l'area di rischio di pertinenza del committente e quella di pertinenza dell'appaltatore datore di lavoro. Se è vero che l'accettazione passiva di un DUVRI incompleto non esime il datore di lavoro dal verificarne criticamente l'idoneità ad attivare la coerente catena delle misure antinfortunistiche, è però anche vero che l'omessa valutazione di rischi insiti nell'ambiente di lavoro nella disponibilità del committente, non altrimenti riconoscibili, potrebbe ragionevolmente sfuggire anche al più attento controllo dell'appaltatore. *(Omissis).*

La Corte territoriale ha ritenuto in colpa l'appaltatore per aver sottoscritto un DUVRI assolutamente generico, accettando «che i dipendenti potessero utilizzare macchinari non di proprietà, senza che nulla fosse precisato in ordine al tipo di macchinari, alle condizioni di utilizzo, senza prevedere la necessità di valutare e impartire idonea formazione/informazione; senza che fosse precisamente indicato chi all'interno della committente, in che modo e con quali formalità avrebbe dovuto - in detta eventualità - rilasciare l'autorizzazione». Tale motivazione è insufficiente, laddove fornisce una lettura parziale delle informazioni fornite all'appaltatore, trascurando che il committente aveva altresì espressamente escluso la sussistenza di rischi derivanti dall'utilizzo di macchinari. Il giudice di merito ha, in particolare, omesso di esaminare l'allegazione difensiva secondo la quale era provato che il macchinario compattatore non fosse stato ancora installato allorché la cooperativa aveva inviato una coordinatrice per effettuare un sopralluogo prima della sottoscrizione del DUVRI.

La motivazione è carente anche per avere ritenuto operante la posizione di garanzia del datore di lavoro appaltatore senza adeguatamente specificare a quali condizioni l'area di rischio di cui tale garante è gestore si estendesse, nel caso concreto, in ragione dell'obbligo di attivarsi per acquisire *aliunde* le informazioni non fornite dal committente in relazione ai rischi specifici inerenti all'ambiente di lavoro incidenti sull'attività oggetto dell'appalto. *(Omissis).*

Nota

Tutta da leggere è questa sentenza, relativa all'infortunio accaduto nel corso di lavori di pulizia affidati a una cooperativa dalla Spa esercente un punto vendita in corso di allestimento. Condannati per il reato di lesione personale colposa sia il «datore di lavoro delegato» (*rectius*, il delegato del datore di lavoro) della Spa committente, sia il legale rappresentante della cooperativa appaltatrice datore di lavoro del dipendente infortunatosi a un compattatore di cartoni, con l'addebito di aver **violato** «l'**art. 26, comma 2, *lettera a),* D.Lgs. n. 81/2008**, il quale prescrive al **committente e** all'**appaltatore** di **cooperare** all'**attuazione** delle **misure di prevenzione e di protezione dai rischi sul lavoro** che incidono sull'attività lavorativa appaltata, avuto riguardo all'omessa valutazione dei rischi che derivavano dall'utilizzazione dell'autocompattatore», e di aver così «trascurato di **informare e di formare il lavoratore sui rischi** che derivavano dall'utilizzazione dell'autocompattatore, poiché la macchina non riusciva a comprimere i cartoni già conferiti, inducendo la vittima ad entrarvi, in modo da schiacciarli con i suoi piedi, che erano rimasti impigliati per effetto del riavvio degli organi motori dell'autocompattatore».

È subito il caso di avvertire che ineccepibile appare l'inquadramento della vicenda nell'ambito della disciplina dettata dall'art. 26 D.Lgs. n. 81/2008, così come ineccepibile è l'individuazione dell'autore del DUVRI (ma non dell'indelegabile DVR) anche nel delegato del datore di lavoro committente, e non dunque necessariamente nello stesso datore di lavoro. (In argomento v. R. Guariniello, *DVR, DUVRI, PSC: gli autori*, in *Dir. prat. lav.*, 2023, 13, pagg. 789 ss.).

Ciò premesso, la Sez. IV prende atto che «l'addebito di colpa specifica enucleato nelle sentenze di merito tanto a carico del committente quanto a carico del datore di lavoro dell'impresa appaltatrice è la mancata valutazione dei rischi derivanti dalla possibilità che referenti della Spa committente autorizzassero l'uso, da parte dei dipendenti dell'appaltatrice, di macchinari nella disponibilità della committente». Rileva che «si tratta dell'area di rischio che il datore di lavoro del punto vendita avrebbe dovuto diligentemente gestire sia nei confronti dei propri dipendenti sia nei confronti dei terzi che, a qualunque titolo, fossero venuti a contatto con il macchinario». Precisa che, a norma dell'art. 26, comma 1, *lett. b)*, D.Lgs. n. 81/2008, «il primo anello della catena degli obblighi informativi, che giungeranno infine a rendere il lavoratore edotto e consapevole dei rischi ai quali va incontro nello svolgimento della sua attività lavorativa, è rappresentato dall'**informazione fornita dal committente all'appaltatore»,** e che «nel disegno del Legislatore il committente, fino a quando non le abbia trasmesse all'appaltatore, è unico *dominus* e gestore delle informazioni inerenti ai rischi che sono presenti nell'azienda o unità produttiva, e non potrebbe essere altrimenti in una lettura costituzionalmente orientata della normativa alla luce del principio di colpevolezza». Ne desume che

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

«ogni obbligo informativo che la legge pone a carico dell'appaltatore, con riguardo ai rischi specifici dell'ambiente di lavoro di appannaggio del committente, non può che sorgere in seguito all'adempimento da parte del committente del primigenio dovere di informazione e nella misura in cui tale dovere sia stato assolto, fatti salvi i casi, da accertare in concreto, nei quali sia provata la riconoscibilità *aliunde* di tali rischi, senza peraltro che la legge preveda alcun obbligo per l'appaltatore di attivarsi in tal senso». Precisa che «in questo passaggio, o **omesso passaggio, di informazioni essenziali** per l'approntamento delle misure prevenzionistiche si annida una possibile **linea di demarcazione tra** l'**area di rischio di pertinenza del committente e quella di pertinenza dell'appaltatore datore di lavoro**». Ammette che «l'accettazione passiva di un DUVRI incompleto non esime il datore di lavoro dal verificarne criticamente l'idoneità ad attivare la coerente catena delle misure antinfortunistiche», ma subito aggiunge che «l'omessa valutazione di rischi insiti nell'ambiente di lavoro nella disponibilità del committente, non altrimenti riconoscibili, potrebbe ragionevolmente sfuggire anche al più attento controllo dell'appaltatore». Ne desume che «il **datore di lavoro dell'impresa appaltatrice**, per poter adempiere nei confronti dei suoi dipendenti agli obblighi informativi, formativi e preventivi che riguardino rischi diversi da quelli specifici dell'attività oggetto di appalto, deve **essere in condizione di conoscere preventivamente** i **rischi** inerenti all'ambiente di lavoro "**incidenti**" sull'attività oggetto dell'appalto, ipotesi che ricorre se il rischio si attiva in ragione della relazione intercorrente tra ambiente e attività appaltata, ovvero "**interferenti**" con tale attività, ipotesi che ricorre se il rischio è generato dal contatto tra lavoratori dipendenti da diverse imprese».

In questo quadro, la Sez. IV **conferma** la **condanna del committente**, sul presupposto che nella **redazione del DUVRI** costui «era tenuto a valutare tutti i rischi che possano comunque "incidere sull'attività oggetto di appalto", e, dunque, anche "il rischio connesso all'uso del compattatore, trattandosi di rischio idoneo ad attingere anche i dipendenti dell'appaltatore in quanto generato dall'uso generalizzato e in alcun modo presidiato del *press container* che era riempito e fatto funzionare da tutti coloro che, a vario titolo, collaboravano alla frenetica attività dell'imminente inaugurazione comprensiva dello sgombero e della pulizia dei locali».

Per contro, nell'**annullare con rinvio** la **condanna dell'appaltatore**, la Sez. IV rileva che la Corte d'Appello «ha ritenuto in colpa l'appaltatore per aver sottoscritto un DUVRI assolutamente generico, accettando che i dipendenti della cooperativa potessero utilizzare macchinari non di proprietà, senza che nulla fosse precisato in ordine al tipo di macchinari, alle condizioni di utilizzo, senza prevedere la necessità di valutare e impartire idonea formazione/informazione; senza che fosse precisamente indicato chi all'interno della committente, in che modo e con quali formalità avrebbe dovuto - in detta eventualità - rilasciare l'autorizzazione». Considera tale motivazione insufficiente sotto più profili: Perché «fornisce una lettura parziale delle informazioni fornite all'appaltatore, trascurando che il committente aveva altresì espressamente escluso la sussistenza di rischi derivanti dall'utilizzo di macchinari». Perché omette «di esaminare l'allegazione difensiva secondo la quale era provato che il macchinario compattatore non fosse stato ancora installato allorché la cooperativa aveva inviato una coordinatrice per effettuare un sopralluogo prima della sottoscrizione del DUVRI». E perché ha «ritenuto operante la posizione di garanzia del datore di lavoro appaltatore senza adeguatamente specificare a quali condizioni l'area di rischio di cui tale garante è gestore si estendesse, nel caso concreto, in ragione dell'obbligo di attivarsi per acquisire *aliunde* le informazioni non fornite dal committente in relazione ai rischi specifici inerenti all'ambiente di lavoro incidenti sull'attività oggetto dell'appalto».

(È da notare a proposito degli **appalti intra-aziendali** che il **datore di lavoro committente** ha i **cinque obblighi** previsti nei **primi tre commi** dell'**art. 26 D.Lgs. n. 81/2008**, ivi comprese dettagliate informazioni all'impresa appaltatrice sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività, ma che questi cinque obblighi del datore di lavoro committente **si aggiungono**, non si sostituiscono, agli **obblighi di sicurezza** che - in linea con lo stesso art. 26 D.Lgs. n. 81/2008 - permangono integralmente **a carico del datore di lavoro appaltatore** (o subappaltatore) che pur distacca i propri lavoratori presso l'azienda committente»: v. l'e-book R. Guariniello, *La tutela dei lavoratori distaccati*, Wolters Kluwer, 2016, pagg. 7 ss.).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Rassegna della Cassazione

a cura di Carlo Alberto Giovanardi, Guerino Guarnieri, Giuseppe Ludovico, Giorgio Treglia

17 – 28 dicembre 2022

Reintegrazione dipendente pubblico: efficacia esecutiva della sentenza

Cass., sez. lav., 17 dicembre 2022, n. 37040 - Pres. Tria - Rel. De Marinis - A.A. contro Ministero della Giustizia

La sentenza dichiarativa dell'illegittimità del licenziamento recante la condanna dell'Amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, emessa ai sensi dell'art. 63, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001, come novellato dal D.Lgs. n. 75/2017 (c.d. "*Decreto Madia*"), è suscettibile di esecuzione coattiva, in quanto la predetta norma qualifica la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro quale "sanzione unica" a fronte del licenziamento illegittimo, la cui mancata attuazione configura inadempienza da parte del datore di lavoro pubblico ed inottemperanza all'ordine del giudice.

Il caso

Nel 2017 la Corte d'Appello di Bologna, confermando la decisione di primo grado, rigettava la domanda proposta dal ricorrente «nei confronti del Ministero della Giustizia ed il Dipartimento Giustizia Minorile - Direzione generale del Personale e della Formazione - Risorse Umane, avente ad oggetto il riconoscimento del diritto a rivestire le medesime funzioni in cui era stato reintegrato all'esito del giudizio instaurato per la declaratoria di illegittimità della rimozione dall'incarico rivestito di Direttore dell'Istituto Penale Minorile di Bologna ed il risarcimento dei danni morali e all'immagine subiti». Secondo i Giudici bolognesi, infatti, la domanda doveva ritenersi «infondata (...) atteso che il datore, pur dopo una sentenza di condanna alla reintegra nelle originarie mansioni, conserva il proprio *ius variandi* nell'ambito dell'equivalenza formale di cui al D.Lgs. n. 165/2001, art. 52», e pertanto doveva essere ritenuta «rispettosa di tale criterio l'assegnazione dell'istante alle funzioni di coordinamento dell'area tecnica presso il Centro di Giustizia Minorile di Bologna». Il lavoratore proponeva quindi ricorso in Cassazione, articolato in cinque motivi, con il primo dei quali «il ricorrente, nel denunciare la violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., in una con l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio», lamentava «la non conformità a diritto dell'orientamento accolto dalla Corte territoriale circa le denegata esecuzione coattiva dell'obbligo di reintegrazione nel medesimo posto di lavoro divenuto definitivo per il passaggio in giudicato della relativa sentenza».

La decisione

La Cassazione ha accolto il primo motivo del ricorso, e di conseguenza, dichiarati assorbiti gli altri motivi, ha cassato la sentenza, con rinvio, anche per la liquidazione delle spese, alla Corte d'Appello di Bologna, in diversa composizione. Nella sintetica motivazione la S.C. ha affermato che, ai sensi del **comma 2** dell'**art. 63, D.Lgs. n. 165/2001** (che prevede che «Il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'Amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria (...)», e in conformità a quanto già sancito dalla stessa Sezione Lavoro nel 2018, la **sentenza** che dichiara l'**illegittimità** di un **licenziamento**, e **condanna** una **P.A. alla reintegrazione**, deve necessariamente «trovare **esecuzione coattiva**», in quanto la norma configura espressamente la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro «quale "**sanzione unica**", a fronte del licenziamento illegittimo»; pertanto la mancata esatta esecuzione di tale ordine deve essere considerata un'inadempienza del datore di lavoro ed una «inottemperanza all'ordine del giudice».

I precedenti

Come si è già detto, in motivazione viene espressamente richiamato, e confermato, l'insegnamento di Cass. civ., sez. lav., 23 luglio 2018, n. 19520, che ha appunto affermato che «In tema di lavoro pubblico contrattualizzato, l'illegittimità del licenziamento di un dirigente comporta l'applicazione della disciplina di cui all'art. 18 Stat. lav., con conseguenze reintegratorie, a norma dell'art. 51, comma 2, del D.Lgs. n. 165 del 2001, dovendosi commisurare il risarcimento del danno non al solo trattamento economico fondamentale, ma anche alla retribuzione di posizione prevista per l'incarico ricoperto al momento dell'illegittimo recesso dal rapporto». In senso conforme si vedano pure Cass. civ., sez. lav., 26 novembre 2015, n. 24157, in *Lav. giur.*, 2016, pagg. 353 ss., con nota di Pilati, nonché in *Foro it.*, 2016, I, pagg. 550 ss., in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, pagg. 370 ss., con nota di Cester; Cass. civ., sez. lav., 27 gennaio 2015, n. 1478; Cass. civ., sez. lav., 29 luglio 2013, n. 18198, in *Lav. giur.*, 2013, pag. 1077, secondo la quale «La illegittimità del recesso dal rapporto di lavoro di una P.A. con un dirigente (nella specie comunale) comporta l'applicazione, al rapporto fondamentale sottostante, della disciplina dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, con conseguenze reintegratorie, a norma dell'art. 51, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165» (Ricordiamo al riguardo che il secondo comma dell'art. 51, D.Lgs. n. 165 del 2001, prevede che «La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle Pubbliche Amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti»); Cass. civ.,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sez. lav., 5 marzo 2013, n. 5408; Cass. civ., sez. lav., 13 giugno 2012, n. 9651, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, pagg. 424 ss., con nota di Donini; Cass. civ., sez. lav., 1° febbraio 2007, n. 2233, *ivi*, 2007, pagg. 924 ss., con nota di Pardini, nonché in *Lav. giur.*, 2007, pagg. 899 ss., con nota di Menghini, ed anche in *Giur. it.*, 2007, pagg. 1639 ss., con nota di Giulietti, e in *Foro it.*, 2007, I, pagg. 1719 ss., con nota di D'Auria; Trib. Busto Arsizio, sez. lav., 2 febbraio 2021, in *Lav. giur.*, 2021, pag. 665.
Sul punto si segnala anche che, secondo la giurisprudenza prevalente, «Le modifiche apportate dalla legge n. 92 del 2012 all'art. 18 della legge n. 300 del 1970 non si applicano ai rapporti di pubblico impiego privatizzato, sicché la tutela del dipendente pubblico, in caso di licenziamento illegittimo intimato in data successiva all'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, resta quella prevista dall'art. 18 Stat. lav. nel testo antecedente la riforma»: così Cass. civ., sez. lav., 27 agosto 2018, n. 21192, e Cass. civ., sez. lav., 1° dicembre 2017, n. 28891, in *Lav. giur.*, 2019, pagg. 65 ss., con nota di Mazzanti, e conformi v. pure, ad es., Cass. civ., sez. lav., 25 ottobre 2017, n. 25376, e Cass. civ., sez. lav., 9 giugno 2016, n. 11868, in *Lav. giur.*, 2016, pag. 674 ss., con nota di Giorgi, e pure in *Il Lavoro nelle P.A.*, 2016, 549, e in *Foro it.*, 2016, I, 2363 ss., con nota di Perrino, e in *Giur. it.*, 2017, 136 ss., con nota di Viceconte. *Contra* v., in precedenza, Cass. Civ., Sez. lav., 26 novembre 2015, n. 24157, cit., che ha invece affermato che «Il nuovo testo dell'art. 18 Stat. lav., come modificato dalla legge n. 92 del 2012, si applica al pubblico impiego privatizzato ai sensi dell'art. 51, comma 2, D.Lgs. n. 165 del 2001 a prescindere dalle iniziative normative di armonizzazione previste dall'art. 1, commi 7-8, legge n. 92 del 2012».

Soci lavoratori di cooperativa e Fondo di garanzia Inps

Cass., sez. lav., 20 dicembre 2022, n. 37246 - Pres. Berrino - Rel. Cerulo - P.M. (Conf.) Filippi - G.S. contro Inps

I contributi previdenziali versati da società cooperative di lavoro in favore dei propri soci lavoratori, nel periodo anteriore alla data di entrata in vigore della legge n. 196/1997, restano salvi e conservano la loro efficacia ai fini delle prestazioni di cui all'art. 2, legge n. 297/1982 e agli artt. 1 e 2, D.Lgs. n. 80/1992, riguardanti l'erogazione del Tfr da parte del Fondo di garanzia gestito dall'Inps nei casi di insolvenza del datore di lavoro, anche quando i fatti costitutivi dei crediti si siano verificati anteriormente alla data suddetta. L'estensione retroattiva dell'intervento del citato Fondo di garanzia presuppone che siano stati pagati i contributi previdenziali per il periodo precedente all'entrata in vigore della disposizione; di tale presupposto deve offrire la prova chi rivendichi il diritto alle prestazioni del medesimo Fondo.

Il caso

Il Giudice di primo grado condannava l'Inps a corrispondere al lavoratore il Trattamento di fine rapporto, respingendo invece la domanda relativa alle ultime tre mensilità di retribuzione. Il Giudice d'Appello accoglieva il gravame dell'Inps e respingeva la domanda del lavoratore, ritenendo che ai sensi dell'art. 24, legge n. 196/1997 i soci lavoratori di cooperativa possono beneficiare anche retroattivamente dell'intervento del Fondo di garanzia dell'Inps in caso di insolvenza del datore di lavoro ma a condizione che per il periodo precedente siano stati versati i contributi con onere della prova dell'avvenuto versamento a carico del lavoratore, e rilevando altresì che in tali ipotesi non può trovare applicazione il principio di automaticità delle prestazioni in quanto prima dell'entrata in vigore della legge n. 196/1997 la contribuzione al Fondo di garanzia dell'Inps per i soci lavoratori di cooperativa aveva carattere meramente volontario. Avverso tale decisione il lavoratore ricorreva in Cassazione, mentre l'Inps resisteva con controricorso.

Le decisioni e i precedenti

L'interessante pronuncia in commento riguarda l'interpretazione dell'**art. 24**, **legge n. 196/1997**, il quale, ha **equiparato** i **soci lavoratori di cooperative ai lavoratori subordinati** anche ai fini dell'**accesso** alle **prestazioni erogate dal Fondo di garanzia** dell'Inps che, ai sensi dell'art. 2, legge n. 297/1982, è tenuto a corrispondere il Trattamento di fine rapporto maturato in caso di insolvenza del datore di lavoro. L'estensione della **tutela** in favore dei soci lavoratori di cooperative **opera anche retroattivamente** e cioè quando i fatti costitutivi dei crediti si siano verificati anteriormente alla data suddetta - come si evince dal riferimento ai giudizi pendenti (Cass. civ., sez. lav., 24 luglio 2000, n. 9712; Cass. civ., sez. lav., 21 marzo 2001, n. 4071, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, pag. 716, con nota di M. Palla) - ma **a condizione** che siano stati **versati** i **contributi previdenziali** anche per il **periodo antecedente** all'**entrata in vigore della legge** (in questo senso in giurisprudenza Cass. civ., sez. lav., 30 settembre 2013, n. 22329; Cass. civ., sez. lav., 16 gennaio 2017, n. 862).
Ne consegue che l'obbligo del Fondo di garanzia gestito dall'Inps di corrispondere ai soci lavoratori il Trattamento di fine rapporto in caso di insolvenza della cooperativa deriva dal versamento dei contributi, mentre in caso di mancato versamento non si configura in capo al Fondo alcun obbligo di corresponsione della prestazione (Cass. civ., sez. lav., 10 novembre 2003, n. 16848, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 412, con nota di D. Vedani).
Per ciò che concerne la distribuzione dell'**onere probatorio**, i Giudici di legittimità hanno già affermato che incombe sul **lavoratore** che pretende il pagamento del Trattamento di fine rapporto la dimostrazione dei fatti costitutivi della pretesa ovvero dell'avvenuto versamento dei contributi da parte della cooperativa (Cass. civ., sez. VI, 10 dicembre 2021, n. 39328), né detta distribuzione dell'onere probatorio può essere derogata in ragione del principio della vicinanza della prova, tenuto conto, da un lato, della regola sancita dall'art. 2697 c.c. che impone all'attore di provare i fatti costitutivi della propria pretesa e al convenuto la dimostrazione dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto, e, dall'altro, che il suddetto principio può trovare applicazione solo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ove le situazioni attive non offrano indicazioni precise in merito alla distinzione tra le due categorie di fatti (Cass. civ., sez. III, 22 aprile 2022, n. 12910), mentre nel caso di specie non sussistono dubbi - come già rilevato dai Giudici di legittimità - sul fatto che spetta all'interessato offrire la documentazione necessaria a suffragare le proprie ragioni (Cass. civ., sez. lav., 24 giugno 2020, n. 12490; Cass. civ., sez. VI, 9 dicembre 2021, n. 39158).
La pronuncia della Corte d'Appello, nel porre a carico del socio lavoratore, l'onere di dimostrare l'avvenuto pagamento della contribuzione per il periodo antecedente all'entrata in vigore della legge n. 197/1997, è stata pertanto ritenuta conforme al principio di diritto sopra indicato.

Sospensione unilaterale del rapporto di lavoro: diritto alla retribuzione

Cass., sez. lav., 23 dicembre 2022, n. 37716, ord. - Pres. Raimondi - Est. Amendola - P.M. (Conf.) Fresa - G.A. contro Curatela Fall.

Il datore di lavoro non può unilateralmente sospendere il rapporto di lavoro, salvo che ricorrano, ai sensi degli artt. 1463 e 1464 c.c., ipotesi di impossibilità della prestazione lavorativa totale o parziale, la esistenza delle quali ha l'onere di provare, senza che a questo fine possano assumere rilevanza eventi riconducibili alla stessa gestione imprenditoriale, compresa la diminuzione o l'esaurimento dell'attività produttiva. Ne consegue che il dipendente "sospeso" non è tenuto a provare d'aver messo a disposizione del datore di lavoro le sue energie lavorative nel periodo in contestazione, in quanto, per il solo fatto della sospensione unilaterale del rapporto di lavoro, la quale realizza un'ipotesi di *mora credendi*, il prestatore, a meno che non sopravvengano circostanze incompatibili con la volontà di protrarre il rapporto suddetto, conserva il diritto alla retribuzione.

Il caso
La dipendente di una società, dichiarata fallita, si insinuava allo stato passivo, chiedendo il pagamento delle retribuzioni dovute e degli interessi maturati sulla convenzione assicurativa che avrebbe dovuto garantire il pagamento del Tfr.
Il Tribunale rigettava la domanda, affermando come la lavoratrice non avesse diritto a percepire alcunché, in quanto non era stato svolto alcun tipo di attività lavorativa, nel periodo indicato. Del resto, la datrice aveva sospeso unilateralmente il versamento delle retribuzioni, quale conseguenza della revoca dell'accreditamento da parte della regione Sicilia.
Quanto agli interessi sulla polizza assicurativa, gli stessi non erano dovuti, in quanto, legittimamente, il Giudice delegato ne aveva dichiarato la parziale compensazione.
Avverso la pronuncia di cui sopra, proponeva ricorso per Cassazione la soccombente, affidando il gravame a due motivi; la curatela resisteva con controricorso.

La decisione
La sentenza della S.C., precisa che non costituiscono cause giustificative della unilaterale sospensione del rapporto di lavoro le situazioni, ostative, inerenti la gestione e l'organizzazione dell'impresa; e ciò quando esse non rappresentino una ipotesi di assoluta impossibilità non imputabile al datore di lavoro.
Infatti, il **datore di lavoro non può sospendere unilateralmente** l'**adempimento** delle **obbligazioni**, **connesse al rapporto di lavoro**, **a meno che** non sussistano ipotesi di **impossibilità** della **prestazione lavorativa, totale o parziale**. L'onere di provare la sussistenza di una tale condizione è a carico del **datore** stesso, onerato di **dar contezza d**ell'**esistenza** di una **causa** di **effettiva ed assoluta impossibilità sopravvenuta** di ricevere la prestazione per causa a lui non imputabile.
Nella specie, il Tribunale non ha accertato che ci fosse assoluta impossibilità, in capo al datore, di collaborare nell'adempimento della prestazione dovuta, essendosi limitato a verificare l'esistenza della revoca dello svolgimento dell'attività formativa, senza indagare, appunto, sulla imputabilità o meno della stessa.
In sostanza, la sospensione unilaterale del rapporto di lavoro realizza una ipotesi di ***mora credendi*** con la conseguenza che il **lavoratore** conserva il **diritto alla retribuzione**. La censura, invece, relativa al pagamento degli interessi di polizza, che si assumono spettanti al lavoratore, viene considerata non meritevole di accoglimento, in quanto la censura non risulta trattata nel provvedimento di primo grado e, per di più, non risulta rispettato il principio di autosufficienza del ricorso, non essendo indicato in quale parte del giudizio antecedente sia stata trattata la questione. In conclusione, è accolto il solo primo motivo del ricorso principale e la sentenza è cassata con rinvio al Tribunale, in diversa composizione, che pure provvederà al regolamento delle spese. Nulla è detto in relazione al contributo unificato.

I precedenti
Sul tema Cass. civ., sez. lav., 20 gennaio 2001, n. 831, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, pag. 134; Cass. civ., sez. lav., 16 aprile 2004, n. 7300, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 4. Cass. civ., S.U., 27 dicembre 2019, n. 34469, in *Mass. Giust. civ.*, 2020.

Fondo di garanzia e cessione di ramo dell'azienda fallita

Cass., sez. lav., 27 dicembre 2022, n. 37789 - Pres. Berrino - Rel. Cerulo - P.M. (Diff.) Filippi - Inps contro B.G.

L'ammissione allo stato passivo del credito per Tfr, con provvedimento definitivo, non preclude all'Inps quale gestore del Fondo di garanzia, di contestare i presuppo-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sti di operatività dell'intervento del Fondo, incentrati sull'insolvenza di chi è datore di lavoro al momento in cui cessa definitivamente il rapporto di lavoro e il credito per Tfr diviene conseguentemente esigibile, in base alla disciplina applicabile *ratione temporis*. Le previsioni dettate dall'art. 368, comma 4, *lettere c)* e *d)*, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, nel novellare l'art. 47, legge n. 428/1990, in quanto radicalmente innovative, non offrono elementi di interpretazione della disciplina previgente in ordine alla esigibilità del credito per Tfr nel caso di rapporto di lavoro che continua con il cessionario e di successivo fallimento del cedente.

Il caso

Una società a responsabilità limitata posta in liquidazione affittava il ramo d'azienda ad un'altra società che, a seguito della dichiarazione di fallimento della prima, procedeva all'acquisto del ramo all'asta giudiziale, concludendo un accordo ai sensi dell'art. 47, legge n. 428/1990 che escludeva la responsabilità della cessionaria per i debiti maturati dalla cedente. Alcuni lavoratori ottenevano l'ammissione al passivo per i crediti relativi al Trattamento di fine rapporto maturato all'atto della cessione relativamente al lavoro prestato alle dipendenze della società fallita e chiedevano l'intervento del Fondo di garanzia dell'Inps, rilevando che i rapporti di lavoro erano continuati con la società cessionaria prima del fallimento della cedente.

A seguito del diniego dell'Inps della corresponsione del Tfr i lavoratori agivano in giudizio per il relativo pagamento. Il Giudice di primo grado rigettava la domanda, ritenendo inapplicabile la garanzia di cui all'art. 2, legge n. 297/1982 ove i rapporti di lavoro siano proseguiti senza soluzione di continuità con la cessionaria prima del fallimento della cedente, mentre la Corte d'Appello accoglieva il gravame dei lavoratori. Contro tale decisione l'Inps ricorreva in Cassazione, mentre i lavoratori resistevano con controricorso.

Le decisioni e i precedenti

La complessa questione decisa dalla pronuncia in commento riguarda l'intervento del Fondo di garanzia dell'Inps per il pagamento del Tfr il cui importo sia stato ammesso allo stato passivo del fallimento della società il cui ramo d'azienda sia stato affittato e dopo il fallimento ceduto ad un'altra società in virtù di un accordo che esclude la responsabilità solidale dell'acquirente per i debiti pregressi del cedente fallito.

I Giudici di legittimità si uniformano anzitutto al costante e univoco orientamento giurisprudenziale che configura il **diritto di credito del lavoratore nei confronti del Fondo di garanzia** dell'**Inps** come diritto al pagamento di una prestazione previdenziale di natura distinta e autonoma rispetto al credito retributivo nei confronti del datore di lavoro (così tra le tante, Cass. civ., sez. lav., 21 gennaio 2022, n. 1861, in *Lav. giur.*, 2022, 4, pagg. 428-429; Cass. civ., sez. VI, 25 agosto 2020, n. 17643; Cass. civ., sez. lav., 17 ottobre 2018, n. 26021, in *Lav. giur.*, 2019, 1, pag. 92; Cass. civ., sez. lav., 29 luglio 2020, n. 16249, in *Lav. giur.*, 2021, 1, pag. 91; Cass. civ., sez. lav., 3 gennaio 2020, n. 32; Cass. civ., sez. lav., 23 ottobre 2017, n. 25016; Cass. civ., sez. lav., 10 maggio 2016, n. 9495; Cass. civ., sez. lav., 13 ottobre 2015, n. 20547 e Cass. civ., sez. lav., 13 ottobre 2015, n. 20548; Cass. civ., sez. lav., 9 giugno 2014, n. 12971; Cass. civ., sez. lav., 9 settembre 2013, n. 20675; Cass. civ., sez. lav., 23 luglio 2012, n. 12852; Cass. civ., sez. lav., 28 luglio 2011, n. 16617; Cass. civ., sez. lav., 21 giugno 2006, n. 14312, in *Lav. giur.*, 2006, 11, 1131).

La decisione in commento ribadisce altresì il principio secondo cui la **definitività dello stato passivo**, pur impedendo all'Inps di «opporre eccezioni derivanti da ragioni interne al rapporto di lavoro che mirino a contestare esistenza ed entità dei crediti» del lavoratore (Cass. civ., sez. lav., 19 luglio 2018, n. 19277), **non preclude all'Ente previdenziale di contestare i presupposti d'intervento del Fondo** e gli **elementi costitutivi della propria obbligazione previdenziale**, posto che le risultanze dello stato passivo sono inopponibili all'Inps in ordine agli elementi soggettivi e oggettivi al cui ricorrere scatti l'obbligo di tutela assicurativa interna alla stessa autonoma fattispecie previdenziale (Cass. civ., sez. VI, 6 dicembre 2021, n. 38696; Cass. civ., sez. lav., 19 luglio 2018, n. 19277; Cass. civ., sez. lav., 14 novembre 2018, n. 29363; Cass. civ., sez. lav., 28 novembre 2018, n. 30804; sulla vincolatività dello stato passivo nei confronti dell'Inps. v. altresì Cass. civ., sez. lav., 2 febbraio 2022, n. 3165, in *Lav. giur.*, 2022, 5, pagg. 546-547).

Relativamente ai **presupposti** di **intervento** del **Fondo di garanzia**, è principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello secondo cui il **datore di lavoro insolvente** deve essere individuato **al momento della cessazione del rapporto di lavoro**, giacché soltanto a partire da tale momento il credito avente ad oggetto il Tfr diventa esigibile (Cass. civ., sez. lav., 21 gennaio 2022, n. 1861, cit.; Cass. civ., sez. lav., 23 febbraio 2021, n. 4897; Cass. civ., sez. lav. 23 novembre 2020, n. 26598; Cass. civ., sez. VI, 28 novembre 2019, n. 31128; Cass. civ., sez. lav., 19 luglio 2018, n. 19277; Cass. civ., sez. lav., 6 febbraio 2018, n. 2827; Cass. civ., sez. lav., 18 febbraio 2010, n. 3894; Cass. civ., sez. lav., 23 aprile 2009, n. 9695).

Resta così confermato il principio che subordina l'intervento del Fondo di garanzia alla esigibilità del Tfr che presuppone la cessazione del rapporto, e alla insolvenza del datore di lavoro al momento di tale esigibilità, con la conseguenza che in caso di **prosecuzione del rapporto con il cessionario** entrambi i presupposti richiesti dall'art. 2, legge n. 297/1982 non sono configurabili **venendo così meno** l'**obbligo** di **intervento del Fondo di garanzia** (così Cass. civ., sez. lav., 21 gennaio 2022, n. 1861, cit.; Cass. civ., sez. lav., 23 febbraio 2021, n. 4897; Cass. civ., sez. lav., 17 ottobre 2018, n. 26021, cit.; Cass. civ., sez. lav., 19 luglio 2018, n. 19277). Né rileva in senso contrario l'**accordo di cessione del ramo** ai sensi dell'art. 47, comma 5, legge n. 428/1990 **che limita la responsabilità solidale dell'acquirente**, posto che tale accordo non solo non assume alcuna efficacia vincolante nei confronti dell'Inps ma, facendo gravare sul fallimento del cedente il debito relativo al Tfr, ne esclude altresì l'immediata esigibilità.

A diverse conclusioni non conduce neppure l'art. 368, comma 4, *lett. c)*, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (**Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza** in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155), il quale novellando

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'art. 47, comma 5, legge n. 428/1990, ha aggiunto alla formulazione della norma un nuovo comma 5-*bis* che, in caso di **accordi con finalità di salvaguardia dell'occupazione**, dispone l'**immediata esigibilità del Tfr**, stabilendo esplicitamente l'**intervento del Fondo di garanzia** «anche a favore dei lavoratori che passano senza soluzione di continuità alle dipendenze dell'acquirente».
I Giudici di legittimità ribadiscono giustamente che le nuove disposizioni sono prive di efficacia retroattiva e che in assenza di elementi di continuità rispetto alla disciplina previgente non possono offrire alcun criterio per l'interpretazione della nuova disciplina che continua a trovare applicazione unicamente alle procedure concordali aperte prima della sua entrata in vigore (Cass. civ., S.U., 25 marzo 2021, n. 8504, in *Foro it.*, 2021, I, pag. 2830).

Licenziamento: impugnazione e eccezione di "aliunde perceptum"

Cass., sez. lav., 28 dicembre 2022, n. 37946 - Pres. Raimondi - Rel. Piccone - P.M. (Conf.) Sanlorenzo - Luxury Goods Italia Spa contro A.A.

In tema di licenziamento illegittimo, il c.d. "*aliunde perceptum*" non costituisce oggetto di eccezione in senso stretto, pertanto, allorquando vi sia stata la rituale allegazione dei fatti rilevanti e gli stessi possano ritenersi incontroversi o dimostrati per effetto di mezzi di prova legittimamente disposti, il giudice può trarne d'ufficio (anche nel silenzio della parte interessata e se l'acquisizione possa ricondursi ad un comportamento della controparte) tutte le conseguenze cui essi sono idonei ai fini della quantificazione del danno lamentato dal lavoratore illegittimamente licenziato.

Il caso

Nel luglio del 2018, la Corte d'Appello di Roma respingeva il reclamo proposto, *ex* art. 1, comma 58, legge n. 92/2012, da una società datrice di lavoro contro la sentenza di primo grado che, riformando l'ordinanza emessa in data 5 aprile 2017, «aveva dichiarato illegittimo, ai sensi dell'art. 18, comma 4, il licenziamento intimato dalla società reclamante, con condanna della datrice alla reintegrazione della dipendente nel posto di lavoro precedentemente occupato, nonché alla corresponsione della retribuzione globale di fatto nel frattempo maturata in misura non superiore a 12 mensilità, oltre al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali».
In tal modo i Giudici d'Appello hanno confermato l'*iter* argomentativo seguito nella motivazione della sentenza del Tribunale che, in contrasto con la propria precedente ordinanza, aveva ritenuto illegittimo il licenziamento «per manifesta insussistenza del nesso causale tra le esigenze organizzative manifestate dall'azienda quale motivazione del recesso ed il provvedimento espulsivo».
La sentenza d'appello veniva quindi impugnata dalla società dinanzi alla Corte di Cassazione, con un ricorso articolato in tre motivi, con il terzo dei quali, per quanto qui interessa, veniva dedotta «la violazione dell'art. 18, comma 4 e 7, legge n. 300 del 1970 per essere stato posto in capo al datore di lavoro l'onere probatorio circa la dimostrazione dell'*aliunde perceptum*».

La decisione

La Cassazione, dopo avere dichiarato inammissibili i primi due motivi del ricorso, ha preso in esame il solo terzo motivo, ritenendolo poi infondato, ed ha quindi respinto il ricorso, condannando la società datrice di lavoro al pagamento delle spese, liquidate in cinquemila euro per onorari, oltre accessori. Sul punto la S.C. ha anzitutto ricordato di avere già più volte affermato il principio, enunciato nella massima qui sopra riportata, secondo cui l'**eccezione di *aliunde perceptum* non costituisce** un'**eccezione in senso stretto** e pertanto, **se** i relativi **fatti rilevanti sono stati allegati e provati** (o non contestati) il **giudice può anche d'ufficio utilizzarli** per quantificare il risarcimento del danno concretamente subito dal lavoratore illegittimamente licenziato. Dopo avere aggiunto che, comunque, «gli elementi fattuali posti a fondamento dell'*aliunde perceptum* devono essere ritualmente allegati dalla parte che lo deduca», la Cassazione ha poi rilevato che nella fattispecie la Corte d'Appello aveva comunque bene precisato che la datrice di lavoro non aveva neppure «dedotto o allegato, nella fase sommaria, ovvero in quella di opposizione, fatti o circostanze relativi a presunti redditi percepiti dopo il licenziamento, precisando, congruamente, come a tale mancata allegazione non potessero supplire le istanze istruttorie avanzate dalla società (consistenti nell'interrogatorio formale e nella richiesta di documentazione all'Inps ed alla Agenzia delle Entrate), tenuto conto che le richieste istruttorie possono essere correttamente volte alla sola dimostrazione dei fatti ritualmente indicati ed allegati».

I precedenti

In senso anche letteralmente conforme, ricordata in motivazione, si veda Cass. civ., sez. lav., 14 giugno 2022, n. 19163, e nello stesso senso cfr. pure Cass. civ., sez. lav., 16 febbraio 2021, n. 4056, in *Lav. giur.*, 2021, pag. 548, secondo la quale «Il c.d. "*aliunde perceptum*" non costituisce oggetto di eccezione in senso stretto ed è dunque rilevabile d'ufficio dal Giudice se le relative circostanze di fatto risultano ritualmente acquisite al processo. Per tale ragione, l'eccezione di detrazione dell'*aliunde perceptum* non è subordinata alla specifica e tempestiva allegazione della parte ed è ammissibile anche in appello, dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino *ex actis*», e Cass. civ., sez. lav., 26 novembre 2018, n. 30544, *ivi*, 2019, 197 («Il c.d. "*aliunde perceptum*" non costituisce oggetto di eccezione in senso stretto ed è, pertanto, rilevabile d'ufficio dal giudice se le relative circostanze di fatto risultano ritualmente acquisite al processo, anche se per iniziativa del lavoratore»). Sul tema v. poi anche Cass. civ., sez. lav., 5 dicembre 2022, n. 35678, secondo la quale «il datore di lavoro che affermi la detraibilità dall'indennità risarcitoria prevista dal nuovo testo dell'art. 18, comma 4, Stat. lav., a titolo di *aliunde percipiendum*, di quanto il lavoratore

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

avrebbe potuto percepire dedicandosi alla ricerca di una nuova occupazione, ha l'onere di allegare le circostanze specifiche riguardanti la situazione del mercato del lavoro in relazione alla professionalità del danneggiato, da cui desumere, anche con ragionamento presuntivo, l'utilizzabilità di tale professionalità per il conseguimento di nuovi guadagni e la riduzione del danno»; Cass. civ., sez. lav., 7 febbraio 2022, n. 3824, in *Lav. giur.*, 2022, pag. 543 («In base all'art. 18, comma 4, della legge n. 300 del 1970, come modificato dall'art. 1, comma 42, della legge n. 92 del 2012, la determinazione dell'indennità risarcitoria deve avvenire attraverso il calcolo dell'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, a titolo di *aliunde perceptum* o *percipiendum*, e, comunque, entro la misura massima corrispondente a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto, senza che possa attribuirsi rilievo alla collocazione temporale della o delle attività lavorative svolte dal dipendente licenziato nel corso del periodo di estromissione; se il risultato di questo calcolo è superiore o uguale all'importo corrispondente a dodici mensilità di retribuzione, l'indennità va riconosciuta in misura pari a tale tetto massimo»); Cass. civ., sez. lav., 17 giugno 2020, n. 11706 («L'onere della prova relativo all'*aliunde perceptum* e all'*aliunde percipiendum*, che può essere soddisfatto con l'ausilio di presunzioni semplici, compete al datore di lavoro, posto che la circostanza che il lavoratore ingiustamente licenziato abbia, nelle more del giudizio, lavorato e percepito comunque un reddito rappresenta un fatto impeditivo della pretesa attorea e deve di conseguenza essere provato da colui che lo eccepisce, non da chi invoca il risarcimento, in applicazione del generale precetto di cui all'art. 2697 c.c. e dovendosi escludere che il lavoratore abbia l'onere di farsi carico di provare una circostanza, quale la nuova assunzione a seguito del licenziamento, riduttiva del danno patito»); Cass. civ., sez. lav., 12 maggio 2020, n. 8801; Cass. civ., sez. lav., 5 luglio 2018, n. 17683; Cass. civ., sez. lav., 17 novembre 2010, n. 23226, secondo la quale «In tema di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro che contesti la richiesta risarcitoria pervenutagli dal lavoratore è onerato, pur con l'ausilio di presunzioni semplici, della prova dell'*aliunde perceptum* o dell'*aliunde percipiendum*, a nulla rilevando la difficoltà di tale tipo di prova o la mancata collaborazione del dipendente estromesso dall'azienda, dovendosi escludere che il lavoratore abbia l'onere di farsi carico di provare una circostanza, quale la nuova assunzione a seguito del licenziamento, riduttiva del danno patito».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Breviaria Iuris

Commentario breve alle leggi sul lavoro

Di Oronzo Mazzotta, Raffaele De Luca Tamajo

Raccoglie e illustra **63 fonti** normative di **diritto del lavoro** con **commenti d'autore**, brevi e puntuali, **dottrina e giurisprudenza**.

Aggiornatissimo alle ultime novità, come il **Decreto trasparenza n. 104/2022**.

Y32OMCL

Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Wolters Kluwer

Y99HHCL

LAVORO PER AIUTARE LE AZIENDE ITALIANE A RIPARTIRE

Dalla grande esperienza di TuttoLavoro, Ipsoa e Indicitalia nasce One LAVORO, la rivoluzionaria soluzione digitale Wolters Kluwer di aggiornamento e approfondimento pensata per i consulenti del lavoro che ti guida ogni giorno nel fornire ai tuoi clienti le migliori soluzioni per favorire la ripartenza. Un sistema intelligente che ti aggiorna sulle novità e ti permette di conoscere sempre tutte le agevolazioni e gli incentivi previsti dalla normativa.

Con il tuo lavoro fai grande la differenza per sostenere le aziende italiane.

Scopri di più su info.wolterskluwer.it/one-lavoro

One | LAVORO FA GRANDE LA DIFFERENZA

Wolters Kluwer

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX