



## **MANSIONI E DEROGABILITÀ INDIVIDUALE ASSISTITA**

*DI SILVIO BOLOGNA\**

**Abstract** - *The essay focuses on the mechanism of the individual derogability of the legal framework on duties, as reformed by Legislative Decree 81/2015 (Jobs Act): the reform, that allows agreements between the employer and the employee aimed at changing tasks, salary, occupational category and job classification, clearly shows the trajectory of liberalisation of Italian employment law. The boundaries established by the law to such modifications – the subscription in front of a "protected location" and the presence of a specific purpose – give shape to a weak protection of the worker within the contract of employment.*

**Riassunto** - *Il saggio analizza l'istituto della derogabilità individuale assistita delle mansioni per come configurato dal d.lgs. 81/2015: tale norma, nel consentire accordi tra lavoratore e datore modificativi di mansioni, retribuzione, livello di inquadramento e categoria legale, depono a favore di una marcata liberalizzazione dell'oggetto del contratto di lavoro. I limiti dettati dalla legge – la stipula innanzi a delle sedi protette e il ricorrere di generiche finalità – contribuiscono a creare uno scenario "fluidido" di tutela del lavoratore quale contraente debole, non soltanto all'atto della sottoscrizione del patto, ma anche in sede processuale.*

**Keywords** – Worker's duties – individual derogability – protected locations – liberalisation – Jobs Act.

**Parole chiave** – Mansioni – derogabilità individuale – sedi protette – liberalizzazione – Jobs Act.

**Sommario:** 1. Mansioni e derogabilità individuale assistita nel Jobs Act: tra ideologia e politica del diritto. – 2. Questioni classificatorie ed assiologiche. – 3. Le sedi protette. – 4. Le finalità. – 5. L'intervento giudiziale tra lettera della legge e difficoltà probatorie. – 6. Il tramonto dell'inderogabilità tra principi e vincoli di sistema.

### **1. MANSIONI E DEROGABILITÀ INDIVIDUALE ASSISTITA NEL JOBS ACT: TRA IDEOLOGIA E POLITICA DEL DIRITTO.**

Nel liberalizzare la disciplina delle mansioni per come sottolineato dalla maggioranza della dottrina<sup>1</sup>, il d.lgs. 81/2015 ha aumentato la discrezionali-

---

\* Ricercatore di diritto del lavoro dell'Università di Palermo.

<sup>1</sup> Cfr. A. Bellavista, *Il nuovo art. 2103 nel Jobs Act*, in [www.dirittisocialiecittadinanza.org](http://www.dirittisocialiecittadinanza.org), 23 febbraio 2015; C. Cester, *La modifica in pejus nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *DLRI*, 1/2016, pag.

tà datoriale nell'esercizio del potere di conformazione, posto che il lavoratore può essere adibito non soltanto alle mansioni per le quali è stato assunto, ma anche a quelle riconducibili allo stesso livello di inquadramento a parità di categoria legale. Per di più, il prestatore può essere unilateralmente assegnato allo svolgimento di mansioni corrispondenti al livello di inquadramento inferiore, in caso di modifiche organizzative che incidono sulla relativa posizione; ulteriori ipotesi possono peraltro essere individuate dalla contrattazione collettiva.

In un contesto di evidente liberalizzazione dell'oggetto della prestazione lavorativa, che cancella il requisito dell'equivalenza professionale codificato con la riforma del 1970, il nuovo art. 2103 c.c. porta un'innovazione qualitativa ulteriore: la derogabilità della norma di legge sulle mansioni è possibile non soltanto in sede collettiva, ma anche a livello individuale.

Più precisamente, a seguito della novella del *Jobs Act* il comma 6 dell'art. 2103 c.c. prevede che lavoratore e datore di lavoro possano concordare individualmente una modifica delle mansioni, della categoria legale, dell'inquadramento e della retribuzione, a condizione che siano soddisfatti contestualmente due requisiti: il patto va stipulato innanzi a delle sedi protette predeterminate dal legislatore; e deve essere preordinato al raggiungimento di talune finalità nell'interesse del lavoratore, ovvero la conservazione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita o l'acquisizione di una diversa professionalità.

Tale ipotesi, a differenza delle altre non incide sul potere datoriale di conformazione e dunque sulla sfera del *debitum*, quanto sull'oggetto del contratto di lavoro: quest'ultimo, essendo disponibile dalle parti all'insegna del principio consensualistico, muta la propria funzione rispetto all'impostazione statutaria del 1970; il contratto non è più la fonte-fatto del rapporto, rigidamente disciplinato dalle prescrizioni eteronome di legge e contratto collettivo all'insegna dell'equivalenza professionale, ma si erge potenzialmente a vera e propria norma che regola la prestazione conformemente all'enfatica proclamazione di cui all'art. 1372 c.c.<sup>2</sup>.

---

167; R. De Luca Tamajo, *Jobs Act e cultura giuslavoristica*, in *DLM*, 1/2016, pag. 5; A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 1/2016, pag. 129; M. Corti, *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act"*, in *VTDL*, 1/2016, pag. 50.

<sup>2</sup> Sulla distinzione tra il contratto come regolamento e il contratto come norma cfr. A. Perulli, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *RIDL*, 2007, I, pp. 436-437.

Storicamente la riforma dell'art. 2103 formalizza l'indirizzo di politica del diritto dell'autonomia individuale assistita<sup>3</sup> formulato da parte della dottrina nei primi anni '90<sup>4</sup> e successivamente riproposto col Libro Bianco del 2001<sup>5</sup> da governo e parti sociali, in cui veniva auspicato un cambiamento di paradigma del diritto del lavoro novecentesco imperniato sulla categoria dogmatica dell'inderogabilità<sup>6</sup>: la norma di legge deve essere disponibile non soltanto da parte dell'autonomia collettiva, per come già previsto a più riprese dal finire degli anni '70<sup>7</sup>, ma soprattutto in sede individuale, nel convincimento che una maggiore flessibilità nella gestione del rapporto possa stimolare la crescita economica e rendere le imprese competitive nel mercato di riferimento per fronteggiare le sfide della globalizzazione. Una siffatta proposta risente delle suggestioni del neo-liberismo di matrice anglosassone, e specificamente dell'analisi economica del diritto e della Scuola di Chicago affermatesi negli anni '80: all'insegna della razionalità microeconomica tale corrente di pensiero intravede nelle scelte individuali lo strumento che consente un'ottimale allocazione delle risorse, la cui proiezione giuridica consiste nella centralità del contratto rispetto alle fonti generali e astratte riducendo al minimo l'intervento eteronomo di protezione<sup>8</sup> (c.d. neo-volontarismo).

La dottrina individuava esplicitamente le mansioni come terreno privilegiato in cui introdurre forme di derogabilità assistita, auspicando una riscrittura in tal senso dell'art. 2103 c.c.<sup>9</sup>; più timidamente il Libro Bianco proponeva *de jure condendo* dei processi di certificazione e/o validazione della volontà individuale nella gestione del rapporto di lavoro, per il tramite di istituzioni pubbliche o delle parti

---

<sup>3</sup> Cfr. L. Scarano, *È finito il tempo dei patti di sindacato. Intervento eteronomo e autonomia individuale nel Jobs Act II*, in RGL, 2016, I, pag. 460. Per la verità altre branche dell'ordinamento contemplavano già tale modello, come nel caso del diritto agrario: infatti ai sensi dell'art. 45, co. 1, l. 203/1982 è possibile stipulare accordi individuali in deroga in materia di contratti agrari, a condizione che vengano sottoscritti dalle organizzazioni professionali agricole maggiormente rappresentative a livello nazionale. Cfr. R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci 2007, pp. 161-174.

<sup>4</sup> Cfr. A. Vallebona, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in DL, 1992, I, pp. 479-481; M. Biagi, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in RIDL, 2001, I, pag. 262; P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori 1996, p. 58ss

<sup>5</sup> Cfr. R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., pag. 193.

<sup>6</sup> Cfr. R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene 1976, pp. 7-16.

<sup>7</sup> Cfr. R. De Luca Tamajo, *Garantismo legislativo e mediazione politico-sindacale: prospettive per gli anni '80*, in A. Cessari, R. De Luca Tamajo, *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè 1987, pp. 5-7.

<sup>8</sup> Cfr. S. Simitis, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in DLRI, 1/1990, pp. 93-96; O. Mazzotta, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in DLRI, 3/1991, pag. 507; M. D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in DLRI, 3/1991, pag. 456.

<sup>9</sup> Cfr. M. Biagi, *op. cit.*, pag. 262.

sociali, senza operare un esplicito riferimento alle mansioni. Tuttavia, l'individuazione della derogabilità non venne formalizzata dalle riforme successive: infatti, il d.lgs. 276/2003 si limitò ad introdurre il più blando sistema della certificazione dei contratti di lavoro, che interviene con una funzione meramente qualificatoria *ex ante*, e i cui effetti permangono sino a quando sia stato accolto un ricorso giurisdizionale avverso la certificazione stessa<sup>10</sup>.

## 2. QUESTIONI CLASSIFICATORIE ED ASSIOLOGICHE.

In chiave dogmatica l'ipotesi di cui al comma 6 costituisce una novazione oggettiva del rapporto obbligatorio ai sensi dell'art. 1230 c.c.<sup>11</sup>: le parti, nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, possono operare delle modificazioni anche plurime all'oggetto della prestazione, posto che si può intervenire in merito alle mansioni, al salario, all'inquadramento contrattuale ed alla categoria legale, modificando in modo radicale il regolamento negoziale (*aliquid novi*); inoltre, ricorrendo l'ipotesi della novazione la modifica eventualmente intervenuta è di carattere definitivo e non temporaneo, considerato che all'obbligazione originaria se ne sostituisce una con titolo diverso.

Il patto in questione va dunque distinto nettamente dalle rinunce e transazioni di cui all'art. 2113 c.c., in quanto viene ad incidere non su diritti indisponibili del lavoratore già maturati nel suo patrimonio, ma sul futuro svolgimento del rapporto obbligatorio<sup>12</sup>; semmai, il legislatore estende al patto di demansionamento la disciplina dell'art. 2113 c.c., ovvero la sottoscrizione presso una delle sedi protette in funzione di tutela del contraente debole. Un ulteriore tratto discrezionale tra art. 2113 c.c. e accordi individuali in deroga si rinviene nella tecnica di tutela: se il patto abdicativo-transattivo è sorretto dall'annullabilità, le modificazioni dell'oggetto del

<sup>10</sup> Cfr. L. De Angelis, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, I, pag. 240.

<sup>11</sup> Cfr. A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, cit., pag. 141; A. Raffi, *Ideologia e regole nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *RGL*, 2016, I, pag. 862. In senso conforme F. Pantano, *Le modifiche consensuali dell'oggetto del contratto e la tutela della professionalità*, in G. Zilio Grandi, E. Gramano (a cura di), *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act*, Giuffrè 2016, pag. 91. In generale, sulla novazione oggettiva del rapporto di lavoro cfr. P. Tosi, *Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1968, pp. 5-55.

<sup>12</sup> Cfr. M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *ADL*, 6/2015, pp. 1180-1181; C. Zoli, *La disciplina delle mansioni*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli 2015, pag. 349; E. Balletti, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in AA.VV., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Giuffrè 2017, pag. 121.

contratto sono tutelate dalla più pregnante sanzione della nullità<sup>13</sup>. Da ultimo il rinvio dinamico operato dall'art. 2103 c.c. alle sedi protette di cui all'art. 2113 non sottrae i patti modificativi ad un'eventuale impugnativa giudiziale: sarebbe stato necessario uno specifico intervento del legislatore che riproponesse la formulazione dell'art. 2113, co. 4 c.c.<sup>14</sup>, di cui non vi è traccia neppure nella legge delega.

Spostandoci dal piano classificatorio e sistematico a quello assiologico, di primo acchito la formulazione della norma parrebbe aprire a modifiche tanto migliorative quanto peggiorative nelle materie indicate, in ragione dell'utilizzo del termine neutro «modifica»<sup>15</sup>; tuttavia, è evidente la razionalità pratica della riforma, preordinata ad un notevole abbassamento delle tutele in sede individuale: infatti, a differenza delle ipotesi in materia di potere di conformazione (commi 2 e 4) – in virtù delle quali il datore di lavoro può adibire il prestatore alle mansioni corrispondenti al livello di inquadramento contrattuale immediatamente inferiore in caso di modifica degli assetti organizzativi o di intervento dell'autonomia collettiva – in tal caso la norma fa un generico riferimento alla modifica delle mansioni, della categoria legale, dell'inquadramento e della retribuzione. Retribuzione che, al contrario, nelle ipotesi di cui ai commi 2 e 4 rimane invariata al pari del livello di inquadramento. Sono quindi possibili delle deroghe anche *per saltum* nelle materie anzidette<sup>16</sup>: a titolo paradigmatico, in sede individuale è possibile modificare la categoria legale del prestatore, da dirigente a quadro o da dirigente ad impiegato, cui si accompagna un contestuale decremento della retribuzione; o ancora, a parità di categoria legale, ben si potrebbe diminuire di due o anche di tre o quattro livelli l'inquadramento corrispondente alle mansioni di assunzione o a quelle successivamente acquisite.

L'unico limite che le parti incontrano è rappresentato dall'art. 36, co. 1, Cost.<sup>17</sup>: le modifiche *per saltum* non potranno mai intaccare il parametro della proporzionalità e della sufficienza della retribuzione, che secondo consolidata giurisprudenza – a fronte della mancanza di un salario minimo legale – per ogni livello contrattuale è costituito dai minimi tabellari del contratto di categoria applicato<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. R. Voza, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 c.c.*, in *RGL*, 2017, I, pag. 4.

<sup>14</sup> Cfr. C. Cester, *op. cit.*, pag. 183. *Contra* C. Zoli, *La disciplina delle mansioni*, cit., pag. 350.

<sup>15</sup> Cfr. M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, cit., pag. 1181.

<sup>16</sup> Cfr. A. Bellavista, *op. cit.*, pag. 2.

<sup>17</sup> Cfr. F. Pantano, *op. cit.*, pag. 92.

<sup>18</sup> Cfr. – *ex plurimis* – Cass. 4 dicembre 2013, n. 27138, in *GCM*, 2013; Cass. 17 gennaio 2011, n. 896, in *GCM*, 2011, I, pag. 6; Cass. 3 aprile 1999, n. 3235, in *GCM*, 1999, pag. 750.

Tale novazione oggettiva del rapporto di lavoro, poiché è radicalmente sottratta all'intervento dall'autonomia collettiva, è controbilanciata sul piano individuale dall'obbligo di stipulazione innanzi alle sedi protette e alla ricorrenza di taluni presupposti finalistici; diversamente, posto che ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2103 c.c. «ogni patto contrario è nullo», viene comminata la sanzione della nullità conformemente ai principi generali in materia di invalidità contrattuale.

### 3. LE SEDI PROTETTE.

L'accordo individuale di modifica delle mansioni deve essere sottoscritto innanzi a delle sedi protette, ovvero quelle di cui all'art. 2113 c.c. e le commissioni di certificazione: in ragione del combinato disposto degli artt. 2113, 4 co.<sup>19</sup>, c.c. e dell'art. 76 d.lgs. 276/2003 il patto può essere stipulato innanzi al giudice del lavoro, in sede sindacale, innanzi al collegio di conciliazione ed arbitrato di cui ai contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni maggiormente rappresentative, presso la Direzione Territoriale del Lavoro, e presso tutti quegli organismi preposti all'esercizio della funzione certificatoria (ordine provinciale dei consulenti del lavoro, enti bilaterali contemplati dal contratto collettivo, università pubbliche e private nell'ambito di rapporti di consulenza e collaborazione con docenti di diritto del lavoro, ed infine il Ministero del Lavoro).

In chiave sistematica giova sottolineare come innanzi ai predetti soggetti può anche svolgersi l'offerta di conciliazione di cui all'art. 6 d.lgs. 23/2015, con cui è possibile porre fine ad un'eventuale controversia in materia di licenziamento a fronte dell'accettazione da parte del lavoratore di un assegno circolare entro il termine di impugnazione stragiudiziale del licenziamento stesso<sup>20</sup>: in una temperie politico-culturale di impronta liberista il legislatore persegue un comune disegno di individualizzazione assistita delle tutele, a livello tanto "fisiologico" (disciplina delle mansioni) quanto "patologico" (eventuali controversie in caso di licenziamenti).

L'elencazione di cui all'art. 2103 co. 6 è peraltro tassativa<sup>21</sup>, e non è pertanto ammesso l'intervento dei dottori commercialisti, nonostante siano menzionati dalla

---

<sup>19</sup> L'art. 2113, 4 co. c.c. fa rinvio a sua volta alle "sedi protette" di cui agli artt. 185, 410, 411, 412-ter e 412-quater c.p.c.

<sup>20</sup> Sull'offerta di conciliazione cfr. A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 245/2015.

<sup>21</sup> Cfr. M. Menegotto, M. Tiraboschi, *La disciplina delle mansioni*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè 2015, pag. 100.

legge 12/1979 in materia di esercizio della professione di consulente del lavoro, o il ricorso alla conciliazione monocratica a seguito di intervento ispettivo ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. 124/2004.

Per quanto concerne le singole sedi, il ricorso alla commissione conciliativa presso la DTL o alla sede sindacale recepisce una vecchia proposta del CNEL risalente al 1985: l'approccio del CNEL era senza dubbio più garantista, in quanto vincolava il patto di dequalificazione alle clausole del contratto collettivo applicato in azienda<sup>22</sup>. Inoltre, posto che si è di fronte a una rimodulazione del contratto in chiave derogatoria, e per di più in un panorama di frammentazione dell'interesse collettivo, sarebbe stato opportuno selezionare le organizzazioni sindacali sulla base dell'effettiva rappresentatività<sup>23</sup>, magari rinviando al Testo Unico o genericamente ai vigenti accordi interconfederali.

In chiave di ulteriore garanzia è possibile per il lavoratore, quale contraente debole, ricorrere all'assistenza di un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato, ad un avvocato o ad un consulente del lavoro: si tratta quindi di un'ipotesi di assistenza facoltativa<sup>24</sup> e qualificata, tenuto conto che il legislatore predetermina la platea di quanti possono intervenire<sup>25</sup>. L'opzione, plausibile anche nel silenzio della legge, ricalca innanzi tutto<sup>26</sup> con delle integrazioni la formulazione dell'art. 7 co. 3 dello Statuto, in cui il rappresentante sindacale può

---

<sup>22</sup> Cfr. CNEL, *Schema di osservazione e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro*, 4 giugno 1985, pag. 722, in *www.cnel.it*: secondo il CNEL il capoverso dell'art. 2103 c.c. andava modificato con riferimento ai patti individuali, «precisando che la nullità non si applica quando siano stati stipulati davanti alla commissione conciliativa presso l'ufficio del lavoro o in sede sindacale in conformità a clausole del contratto collettivo applicabile in azienda ovvero sia dimostrato che il patto è stato stipulato in alternativa a un provvedimento di licenziamento per giustificato motivo».

<sup>23</sup> Cfr. R. Voza, *L'adibizione a mansioni inferiori*, cit., pag. 23.

<sup>24</sup> P. Curzio, *Jobs Act. Legge, decreti, circolari, accordi, sentenze*, Cacucci 2016, pag. 27.

<sup>25</sup> Cfr. M. Galante, *Lo jus variandi all'epoca del Jobs Act*, in F. Santoni, M. Ricci, R. Santucci (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act*, Edizioni Scientifiche 2016, pag. 69; R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., pag. 14.

<sup>26</sup> Vi sono ulteriori ipotesi di assistenza qualificata del lavoratore contemplate dall'ordinamento: si pensi alla conciliazione monocratica innanzi al funzionario della DTL con qualifica ispettiva (art. 11, co. 2, d.lgs. 124/2004); durante l'audizione presso la commissione di certificazione di cui alla DTL (art. 5, co. 4, d.m. 21 luglio 2004); ed alla procedura di conciliazione preventiva innanzi alla DTL in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 7 l. 604/1966 per come riformato dalla l. 92/2012) in relazione ai datori di lavoro che integrino i requisiti dimensionali di cui all'art. 18 dello Statuto. Da ultimo, si consideri l'ipotesi di cui all'art. 6, co. 6, del d.lgs. 81/2015: se il contratto collettivo non contempla il ricorso alle clausole elastiche, queste possono essere siglate davanti alle commissioni di certificazione con la possibilità che il lavoratore si faccia assistere da un rappresentante sindacale, consulente del lavoro o avvocato.

assistere il prestatore all'interno del procedimento disciplinare: la parificazione di avvocato e consulente del lavoro al sindacato depone per un'ulteriore liberalizzazione della disciplina delle mansioni, posto che la tutela degli interessi del contraente debole viene affidata a liberi professionisti non necessariamente riconducibili al soggetto collettivo, inteso come stabile contropotere nella dialettica tra ragioni dell'impresa e dei lavoratori.

Non v'è dubbio, nel silenzio della legge, che l'accordo debba rivestire la forma scritta *ad substantiam*: in tal senso depone a livello lessicale e concettuale il riferimento alla stipulazione, che deve avvenire presso gli organismi di conciliazione o certificazione<sup>27</sup>.

Venendo al ruolo della sede protetta, quest'ultima non avrà una funzione meramente "notarile", preordinata cioè a verificare un'astratta sussistenza nel caso di specie di una delle ragioni contemplate dalla legge (ad es., la conservazione dell'occupazione) e che il patto modificativo indichi dettagliatamente le modifiche consentite dal dettato normativo (ad es., a parità di categoria legale diminuzione di due livelli dell'inquadramento contrattuale e della relativa retribuzione). La sede protetta dovrà innanzi tutto rendere edotto il prestatore delle conseguenze dell'accettazione o del rifiuto della proposta modificativa dell'oggetto del sinallagma<sup>28</sup>, fornendo se del caso anche dei *vademecum* in cui si illustrano in modo semplice ma esaustivo le conseguenze giuridiche di un'eventuale modifica contrattuale<sup>29</sup>: infatti, con il *Jobs Act* la posizione di inferiorità socio-economica del lavoratore all'interno del rapporto obbligatorio è sensibilmente aumentata, specie se la disciplina meno vincolistica delle mansioni viene letta in combinato disposto con la tecnica di tutela approntata in caso di licenziamenti economici, che per i nuovi assunti è meramente indennitaria<sup>30</sup>.

In particolare, la commissione di certificazione dovrebbe informare il lavoratore che, in caso di rifiuto di un patto di demansionamento per conservare l'occupazione, potrebbe eventualmente incorrere in un licenziamento per giustificato motivo oggettivo; e che all'esito di un eventuale giudizio, anche quando dovesse essere

---

<sup>27</sup> Cfr. A. Tampieri, *L'accordo individuale di dequalificazione*, in *VTDL*, 1/2016, pag. 116; R. Voza, *L'adibizione a mansioni inferiori*, cit., pag. 9.

<sup>28</sup> Cfr. C. Cester, *op. cit.*, pag. 182.

<sup>29</sup> Cfr. L. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2/2004, pag. 239.

<sup>30</sup> Cfr. U. Gargiulo, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - Collective Volumes - 3/2014, pag. 103; in senso sostanzialmente conforme cfr. A. Raffi, *op. cit.*, pag. 861.



ritenuta insussistente la ragione economica addotta dal datore, il prestatore avrebbe diritto alla corresponsione di un'indennità risarcitoria, per di più funzione dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto e non dell'ultima retribuzione globale di fatto<sup>31</sup>.

Per il lavoratore il problema di fondo sarà dunque non tanto la mancata comprensione degli effetti del patto modificativo, quanto l'assenza di alternative all'interno di meccanismi tecnico-giuridici che per nulla depongono a favore del riequilibrio socio-economico tra i contraenti.

#### 4. LE FINALITÀ.

La validità del patto individuale è subordinata non soltanto al requisito oggettivo della stipulazione innanzi alla sede protetta, ma anche a quello soggettivo della presenza di talune finalità espressamente richiamate dal legislatore: più precisamente, l'accordo modificativo deve soddisfare l'interesse del lavoratore «alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita». Tali finalità, in ragione dell'impiego della congiunzione disgiuntiva «o», devono ricorrere alternativamente<sup>32</sup>: diversamente si avrebbe il rischio di un'eccessiva dilatazione del perimetro applicativo del patto individuale, posto che soltanto nel caso di specie si potranno riempire di significato causali giustificative di per sé assai generiche.

Le predette causali non costituiscono una novità assoluta nella disciplina delle mansioni, in quanto formalizzano precedenti indirizzi giurisprudenziali maturati a partire dagli anni '80, non sempre unanimi, con cui si veniva ad intaccare l'assoluta inderogabilità dell'art. 2103 c.c.<sup>33</sup>: i giudici subordinavano cioè la validità del patto di demansionamento alla sussistenza di un valido motivo tale da arrecare un vantaggio comparativo al lavoratore rispetto ad altre vicende del contratto che

---

<sup>31</sup> Si fa ovviamente riferimento a quanti siano stati assunti a partire dal 7 marzo 2015 nelle unità produttive con più di quindici dipendenti.

<sup>32</sup> Cfr. R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, WPCSDLE "Massimo D'Antona".IT-262/2015, pag. 11; M. Menegotto M. Tiraboschi, *op. cit.*, pag. 100; M. Galante, *op. cit.*, pag. 68. *Contra* C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli 2015, pag. 86.

<sup>33</sup> Per una ricostruzione della casistica giurisprudenziale cfr. M. Brolo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in P. Schlesinger (dir. da), *Il codice civile. Commentario, sub art. 2103*, Giuffrè 1997, pp. 204-216.

avrebbero potuto interessarlo (ovvero la tutela della professionalità), legittimando eccezioni in funzione di interessi prioritari<sup>34</sup>.

Venendo alle singole ipotesi, quella del mantenimento dell'occupazione recepisce sostanzialmente la teoria giurisprudenziale del "male minore", che intravede nel patto di demansionamento una *extrema ratio* di tutela del contraente debole: dalla fine degli anni '80 un consolidato indirizzo interpretativo della Suprema Corte – nella vigenza del precedente testo dell'art. 2103 c.c. e nonostante l'inderogabilità del divieto di mobilità verso il basso – ha ammesso la possibilità che il datore e il lavoratore concordino l'adibizione a mansioni inferiori per scongiurare un licenziamento per motivi economici, contemperando la produttività della compagine aziendale e la difesa dell'occupazione<sup>35</sup>. Qualora il lavoratore non avesse accettato il "male minore", sarebbe stato legittimo irrogare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo: in tal caso il datore di lavoro, ove convenuto in giudizio, doveva provare di avere ottemperato all'obbligo di *repêchage*, di avere cioè offerto al prestatore una nuova – anche se inferiore – posizione lavorativa in seno all'organizzazione aziendale, e che quest'ultimo avesse rifiutato la proposta.

Nella genericità del sintagma «conservazione dell'occupazione» è probabile che vi sia anche la suggestione di un indirizzo del tutto minoritario della Cassazione, che legittima il demansionamento nella più evanescente ipotesi delle serie e ragionevoli esigenze aziendali determinanti un venir meno del «diritto del lavoratore all'esercizio di mansioni di stretta attinenza alla propria fascia professionale»<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. A. Maresca, *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo «L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro»)*, in *DLRI*, 1/2009, pp. 112-113; F. Bianchi D'Urso, R. De Luca Tamajo, *La mobilità professionale dei lavoratori*, in *LD*, 2/1990, pag. 240-241.

<sup>35</sup> Cfr. M. Brollo, voce *Disciplina delle mansioni*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt Labour Studies e-Book series n. 48, 2015, pag. 64; C. Zoli, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *DRI*, 3/2014, pag. 737; M. Corti, *Le modifiche in pejus delle condizioni di contratto nelle ristrutturazioni di impresa in Italia: gli spazi dell'autonomia individuale e di quella collettiva*, in *RIDL*, 2009, I, pag. 418. In giurisprudenza cfr. – *ex plurimis* – Cass., sez. un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *RIDL*, 1999, II, pag. 170, con nota di G. Pera, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*; Cass. 8 marzo 2016, n. 4509, in *GCM*, 2016; Cass. 22 febbraio 2016, n. 3422, in *RIDL*, 2016, II, pag. 494, con nota di V. Del Gaiso, *La Cassazione applica l'equivalenza professionale al demansionamento anteriore all'entrata in vigore del Jobs Act*; Cass. 6 ottobre 2015, n. 19330, in *GCM*, 2015; Trib. L'Aquila, 16 gennaio 2013, in *www.dejure.it*; Cass. 10 ottobre 2006, n. 21700, in *RGL*, 2007, II, pag. 243, con nota di Lucarelli, *Demansionamento, fra onere della prova e patti in deroga*; Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375, in *Not. giur. lav.*, 2005, pag. 189; Cass. 23 gennaio 1988, n. 539, in *Not. giur. lav.*, 1988, pag. 775.

<sup>36</sup> Cfr. Cass. 12 luglio 2002, n. 10187, in *RIDL*, 2003, II, pag. 53, con nota di Casciano, *Una ipotesi di «affievolimento» del diritto del lavoratore alla equivalenza delle mansioni ex art. 2103 c.c.*

In ogni caso, sulla base della lettera del nuovo comma 6 dell'art. 2103 c.c. non sembra potersi affermare che il datore debba porre in essere un obbligo di *repêchage* prima di proporre ad un proprio dipendente un patto modificativo del sinallagma. Ove seguisse tale opzione ermeneutica l'interprete, nonostante una condivisibile precomprensione<sup>37</sup> giustificata dalla tutela della dignità professionale del lavoratore, andrebbe contro la lettera e la *ratio* della norma, che si prefigge chiaramente di liberalizzare la prestazione del lavoro. Obbligo di *repêchage* che del resto vede già ridotto il proprio raggio di azione, se si tiene a mente la recente giurisprudenza della Suprema Corte, che considera legittimo il licenziamento economico anche se giustificato dal mero aumento della produttività aziendale, e non da un ciclo economico negativo o da spese straordinarie<sup>38</sup>. Sarà in ogni caso la prassi giurisprudenziale degli anni a venire ad esplicitare con maggiore precisione cosa debba intendersi per «conservazione dell'occupazione», confermando o meno l'indirizzo per cui la modifica peggiorativa è subordinata ad un giustificato motivo oggettivo di licenziamento<sup>39</sup>. Tutt'al più, la giurisprudenza potrebbe subordinare la validità del licenziamento per motivo oggettivo all'offerta datoriale di una modifica *in pejus* del regolamento negoziale, che andrebbe a sostituire l'obbligo di *repêchage* all'insegna dei canoni di correttezza e buona fede nel perdurante silenzio della legge<sup>40</sup>.

Venendo alle altre due causali prefigurate dal legislatore, queste ultime non hanno come presupposto una modifica dell'organizzazione del lavoro. Per quanto concerne l'acquisizione di una diversa professionalità, l'unica ipotesi plausibile è quella di un bagaglio di competenze "al ribasso": non vi sarebbe alcuna ragione di ricorrere ad uno specifico accordo, per di più in sede protetta, per adibire il prestatore a mansioni superiori, cui è implicitamente sottesa la maturazione di ulteriori e migliori competenze (e spettanze retributive). Anche in tal caso il dettato normativo si ispira all'indirizzo giurisprudenziale (del tutto minoritario) del c.d. demansionamento espansivo<sup>41</sup>, maturato nella vigenza dell'art. 2103 c.c. post-statutario, e che legittimava la degradazione qualitativa della prestazione all'interno di un per-

---

<sup>37</sup> Sull'incidenza della precomprensione (e quindi dell'approccio ideologico dello studioso) nell'ermeneutica giuridica cfr. L. Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino 1985, pp. 25 ss.

<sup>38</sup> Cfr. Cass. 15 febbraio 2017, n. 4015, in *Guida al diritto*, 2017, 12, pag. 95; Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, in *Foro it.*, 2017, 1, I, pag. 123.

<sup>39</sup> Cfr. F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 257/2015, pp. 11-12.

<sup>40</sup> Secondo C. Pisani, *op. cit.*, pag. 89, il nuovo comma 6 dell'art. 2103 c.c. recepisce l'orientamento giurisprudenziale *praeter legem* dell'obbligo di *repêchage*.

<sup>41</sup> Cfr. U. Gargiulo, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, cit., pag. 106.

corso di riqualificazione professionale<sup>42</sup>. In ogni caso il salto qualitativo che si registra con il nuovo art. 2103 c.c. è notevole: se infatti la giurisprudenza avallava tali patti solo ove questi avessero una durata temporanea e fossero alternati anche all'adibizione a mansioni superiori<sup>43</sup>, oggi invece il demansionamento ha carattere permanente nella misura in cui si è in presenza di una novazione oggettiva del regolamento contrattuale. Inoltre, in progresso di tempo la giurisprudenza ammetteva la rotazione del dipendente su mansioni inferiori solo se la disciplina trovasse fondamento nella contrattazione collettiva, all'interno di un processo negoziale pur sempre eterodiretto<sup>44</sup>.

Anche la causale del miglioramento delle condizioni di vita risente di taluni precedenti giurisprudenziali, isolati a dire il vero, in cui la dequalificazione era giustificata da una generica richiesta del lavoratore per soddisfare un interesse non ulteriormente precisato<sup>45</sup>. Si tratta dell'ipotesi maggiormente criptica e dai confini assai incerti, e che più si presta a incentivare comportamenti fraudolenti: ad esempio, il lavoratore potrebbe accettare una diminuzione del livello retributivo e dell'inquadramento contrattuale per avere più tempo da dedicare a sé e alla propria famiglia, a fronte di gravose responsabilità ricoperte in precedenza e fonte di stress, o per riavvicinarsi al luogo di residenza. Tuttavia, una siffatta ipotesi rischierebbe di vanificare gli strumenti ordinariamente predisposti dal legislatore per conciliare tempi di vita e di lavoro<sup>46</sup> e che consentono di salvaguardare il bene giuridico della professionalità, come ad esempio il ricorso al *part-time* o il complesso di misure di

<sup>42</sup> Cfr. Cass. 9 aprile 1992, n. 4314, in *RIDL*, 1993, II, pag. 287 con nota di Ghinoy, *Art. 2103 c.c. e rotazione su posizioni di lavoro non equivalenti*: l'adibizione a mansioni inferiori deve iscriversi in un più ampio percorso di riqualificazione del personale e deve alternarsi anche a mansioni superiori; Cass. 1 marzo 2001, n. 294 in *Dir. e giur.*, 2002, pag. 418: l'assegnazione a mansioni inferiori deve essere transitoria e subordinata alla maturazione di una più ampia professionalità del prestatore. In dottrina cfr. F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli 1982, pp. 147-150, che nella vigenza dell'art. 2103 c.c. attribuisce una valenza elastica alla nozione di equivalenza professionale nel caso di modifica temporanea delle mansioni.

<sup>43</sup> U. Gargiulo, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubbettino 2008, pp. 172-176.

<sup>44</sup> Cfr. Cass. S.U., 24 novembre 2006, n. 25033, in *RGL*, 2007, II, con nota di Riccobono, *Le Sezioni Unite sulle clausole di fungibilità tra mansioni considerate equivalenti dalla contrattazione collettiva*; Cass. 29 settembre 2015, n. 19037, in *GCM*, 2015.

<sup>45</sup> Cfr. M. Brolo, M. Vendramin, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi*, in M. Persiani, F. Carinci (dir. da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, tomo I, Cedam 2012, pag. 562. Così Cass. 8 agosto 2011, n. 17095, in *GCM*, 2011, 7-8, pag. 1160; Cass. 15 gennaio 2004, n. 521, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, pag. 66; Cass. 20 maggio 1993, n. 5695, in *RGL*, 1994, II, pag. 1044, con nota di Vivian, *Declassamento del lavoratore ed art. 13 Stat. lav.: evoluzione ed ultimi sviluppi dell'interpretazione giurisprudenziale*.

<sup>46</sup> Cfr. A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, cit., pag. 142.

cui al d.lgs. 151/2001 poi rafforzate con il d.lgs. 80/2015, per di più coevo al d.lgs. 81/2015.

## **5. L'INTERVENTO GIUDIZIALE TRA LETTERA DELLA LEGGE E DIFFICOLTÀ PROBATORIE.**

L'ultimo comma dell'art. 2103 c.c., nel prevedere testualmente che ogni patto contrario è nullo, fuga ogni dubbio sulla tecnica di tutela di cui gode il lavoratore se l'accordo modificativo è stipulato al di fuori delle sedi protette o in difetto delle causali giustificative: in assenza dei presupposti di validità della deroga viene comminata la sanzione della nullità<sup>47</sup>, conformemente ai generali principi codicistici di cui all'art. 1418 c.c. Tale disciplina è apparentemente rigida e vincolistica, specie se confrontata con quella di conio giurisprudenziale, che non subordinava il patto di demansionamento al rispetto delle regole procedurali a presidio di una scelta consapevole del lavoratore<sup>48</sup>.

La predetta tecnica di tutela pone seri problemi di effettività ove il prestatore lamenti in giudizio l'insussistenza di così ampi requisiti finalistici<sup>49</sup>, come ad esempio il mantenimento del posto di lavoro: il giudice sarebbe chiamato a sindacare nel merito la congruità tra le ragioni contenute nel patto ed il relativo contenuto, per di più oggetto di preventiva disamina in una sede protetta preposta alla tutela del contraente debole.

La questione, fatte le debite mutazioni, è simile a quella postasi in relazione all'art. 8 l. 148/2011: la dottrina, senza pervenire a una soluzione comune, si è interrogata se il giudicante possa effettuare una valutazione di merito circa la rispondenza dell'accordo aziendale – in deroga alla legge o al contratto di categoria e con una forte legittimazione sociale<sup>50</sup> – a dei presupposti eziologici assai generali di

<sup>47</sup> Cfr. U. Gargiulo, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 c.c.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pag. 14. *Contra* A. Avondola, *La riforma dell'art. 2103 c.c. dopo il Jobs Act*, in *RIDL*, 2016, I, pag. 384, che fa leva sulla verifica da parte della sede protetta dei requisiti finalistici.

<sup>48</sup> Cfr. E. Gramano, *La riforma della disciplina del jus variandi*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam 2016, pag. 548; L. De Angelis, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 263/2015, pag. 9.

<sup>49</sup> Cfr. G. Fontana, *Inderogabilità, derogabilità, crisi dell'eguaglianza*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-276/2015, pag. 33.

<sup>50</sup> L'accordo aziendale di cui all'art. 8 l. 148/2011, per dispiegare efficacia generale, deve essere approvato da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda, a condizione di essere sottoscritto sulla base di un criterio maggioritario.

fonte legale, quali l'emersione del lavoro sommerso o l'aumento degli investimenti<sup>51</sup>.

In ultima analisi l'azione di nullità è sì tecnicamente possibile, ma pone difficoltà processuali di non poco conto, con il rischio di una *probatio diabolica* in capo al lavoratore: infatti, il datore potrebbe facilmente eccepire che l'accordo risponde alle finalità di legge, e che non era tenuto ad effettuare una valutazione *ex ante* di tipo prognostico in merito ad un probabile soddisfacimento degli interessi di controparte<sup>52</sup>.

In subordine, il lavoratore potrebbe astrattamente domandare l'annullabilità del patto sulla scorta dei vizi del consenso, ovvero errore, violenza e dolo ai sensi degli artt. 1427 ss. c.c.<sup>53</sup>. Anche tale strategia processuale presenta una notevole grado di difficoltà, indipendentemente da una astratta ammissibilità tecnico-giuridica: in conformità ai generali principi dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c., nel caso di dolo il lavoratore dovrebbe dimostrare che la controparte abbia posto in essere dei raggiri in assenza dei quali non avrebbe contrattato (art. 1439 c.c.); nell'ipotesi della violenza che vi sia stata minaccia di esporre sé o i propri beni ad un male ingiusto e notevole (1436 c.c.). In entrambi i casi il datore di lavoro potrebbe facilmente eccepire – all'insegna della clausola generale di buona fede – la correttezza delle trattative prodromiche alla novazione, svoltesi in una sede protetta preposta a verificare che nel caso concreto siano soddisfatti tutti i requisiti di legge, con l'ulteriore "aggravante" che il lavoratore si sia fatto assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale (o avvocato o consulente del lavoro). I problemi si complicano in caso di errore, posto che quest'ultimo – ai fini dell'annullabilità – se di fatto deve essere essenziale e ricadere sulla natura o sull'oggetto del contratto o, nel caso dell'errore di diritto, essere stato la ragione unica o principale del contratto.

---

<sup>51</sup> A favore dell'ammissibilità cfr. V. Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci 2012, pag. 148; A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 132/2011, pp. 40-41. *Contra* A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *MGL*, 2011, pag. 684; M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *DRI*, 1/2012, pag. 44, che ritengono il riferimento alle causali irrilevante. In giurisprudenza cfr. Cass. 2 marzo 2011, n. 5099, in *GCM*, 2011, 3, pag. 341, secondo cui la sussistenza dei presupposti causali è circoscritta ai presupposti di fatto e non al merito delle questioni.

<sup>52</sup> In senso sostanzialmente conforme cfr. U. Gargiulo, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod. civ.*, cit., pag. 14.

<sup>53</sup> Cfr. M. Brollo, voce *Disciplina delle mansioni*, cit., pag. 78; A. Raffi, *op. cit.*, pag. 862.

La stessa giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, pur sancendone l'ammissibilità teorica è restia ad ammettere in concreto la rilevanza dei vizi del consenso ai fini dell'annullabilità di rinunce e transazioni stipulate *ex art.* 2113, 4 co. c.c.<sup>54</sup>, ipotesi da cui il legislatore ha mutuato proprio l'intervento della sede protetta.

In ulteriore subordine sarebbe astrattamente possibile domandare la nullità del patto modificativo ai sensi del combinato disposto degli artt. 1344 e 1418 c.c., in quanto in frode alla legge e per l'illiceità del motivo o della causa<sup>55</sup>: si pensi, a titolo esemplificativo, a un lavoratore a termine il cui contratto abbia raggiunto la durata massima di trentasei mesi legalmente prevista; il datore, nel rispetto degli intervalli di legge (*c.d. stop and go*), potrebbe riassumerlo inquadrandolo al livello superiore, salvo sottoscrivere subito dopo un patto finalizzato all'acquisizione di una nuova professionalità, in cui si prevede il ritorno all'inferiore e precedente livello di inquadramento contrattuale.

In ultima analisi, a fronte della difficile praticabilità della tutela in sede processuale l'unico (e minimo) argine ad una generale modifica peggiorativa su base individuale delle mansioni può aversi a valle, ovvero innanzi alla sede protetta, che deve informare in modo dettagliato ed analitico il lavoratore sulle conseguenze economico-giuridiche della propria scelta. Garanzia, giova ribadirlo, assai debole, se letta congiuntamente alla nuova prospettiva rimediale in caso di licenziamento illegittimo: di fronte alla proposta datoriale di modifica contrattuale *ex art.* 1326 c.c., il rifiuto del lavoratore potrebbe sfociare in un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la cui eventuale illegittimità porterebbe a una semplice tutela in-dennitaria.

## **6. IL TRAMONTO DELL'INDEROGABILITÀ TRA PRINCIPI E VINCOLI DI SISTEMA.**

La versione post-statutaria dell'art. 2103 suggellava uno statuto integralmente inderogabile delle mansioni, imperniato sulla nozione di equivalenza professionale e sul divieto di *jus variandi in pejus*: in un'ottica costituzionalmente orientata la scelta legislativa era frutto di un bilanciamento tra principi e valori costituzionali, in cui il bene giuridico della libera iniziativa economica privata era considerato cedevole rispetto all'utilità sociale e alla dignità umana (art. 41, 2 co. Cost.), all'interno

---

<sup>54</sup> Cfr. Cass. 3 dicembre 1991, n. 12929, in *GCM*, 1991, fasc. 12.

<sup>55</sup> C. Zoli, *La disciplina delle mansioni*, cit., pag. 350; E. Balletti, *op. cit.*, pag. 122.

di un'azione normativa dei pubblici poteri preordinata a curare «... l'elevazione professionale dei lavoratori» (art. 35, co. 2 Cost.)<sup>56</sup>.

La valenza precettiva dell'art. 2103 c.c., già temperata dagli indirizzi giurisprudenziali analizzati e da talune ipotesi legislative in cui la tutela dell'occupazione e della salute prevalgono sulla dignità professionale<sup>57</sup>, cambia radicalmente col d.lgs. 81/2015: in tal senso depone innanzi tutto un argomento di ordine esegetico-testuale, posto che si sancisce la nullità dei patti contrari «... fermo quanto disposto al sesto comma»<sup>58</sup>.

Il bene giuridico professionalità, nella sua fitta trama di mansioni, livello di inquadramento, categoria e retribuzione, è pienamente disponibile non solo a livello collettivo (commi 2 e 4) ma soprattutto a livello individuale, con un notevole salto qualitativo: sempre in chiave costituzionalmente orientata è innegabile la torsione produttivistica della riforma del 2015<sup>59</sup>, posto che le esigenze di flessibilizzazione della forza lavoro, e quindi la libera iniziativa economica privata di cui all'art. 41 co. 1 Cost., sono considerate prevalenti rispetto alla dignità professionale. Per di più, nella sistematica assiologica dell'ordinamento multilivello, l'opzione netta del legislatore di privilegiare una lettura economicistica delle mansioni non tiene minimamente conto dell'art. 31 della Carta di Nizza, in virtù della quale il lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro dignitose.

In ultima analisi con i patti individuali assistiti il contratto di lavoro è esposto al rischio di una forte attenuazione della relativa matrice personalistica, che lo aveva lungamente sottratto al principio della libertà negoziale, con un ritorno ad una

---

<sup>56</sup> Sulla gerarchia assiologica sottesa al bilanciamento tra principi costituzionali cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè 2004, pag. 295.

<sup>57</sup> Varie sono le ipotesi di legge, non abrogate dal *Jobs Act*, che consentono di adibire il lavoratore a mansioni anche inferiori con il suo consenso, e con il mantenimento della retribuzione: accordo sindacale nell'ambito di procedure di licenziamento collettivo per il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori in esubero, ai sensi dell'art. 4, co. 11, l. 223/1991; lavoratrice madre durante la gestazione e sino a sette mesi dopo il parto, con conservazione di retribuzione e qualifica di provenienza ai sensi dell'art. 7, co. 5, d.lgs. 151/2001, quando le mansioni svolte arrechino pregiudizio alla salute della donna o del bambino; in caso di inabilità, disabilità o invalidità professionale allo svolgimento delle proprie mansioni, con diritto alla conservazione della retribuzione di provenienza di cui alla l. 68/1999; ed infine nel caso di inidoneità allo svolgimento della mansione specifica con conservazione del salario di provenienza (art. 42 d.lgs. 81/2008) e di lavoratori esposti ad agenti chimici, fisici e biologici ai sensi dell'art. 229 d.lgs. 81/2008.

<sup>58</sup> M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, cit., pag. 1184.

<sup>59</sup> Cfr. A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, cit., pag. 138; in senso sostanzialmente conforme cfr. L. Ferluga, *Le modifiche unilaterali in pejus nella disciplina delle mansioni*, in *ADL*, 1/2017, pp. 36-37.



mera corrispettività tra le prestazioni di matrice commerciale<sup>60</sup>. La derogabilità individuale assistita si presta a neutralizzare non soltanto la norma di legge, ma soprattutto i sistemi di inquadramento di cui ai contratti collettivi che – venuto meno il requisito dell'equivalenza professionale – nella nuova architettura codicistica dovrebbero rappresentare l'unico limite all'esercizio del potere datoriale di conformazione. Con l'ulteriore rischio, in un'ottica di corsi e ricorsi storici, di ritorno alla disciplina pre-statutaria in materia di mansioni, in cui «ove non sussistano le condizioni per l'esercizio del potere (*ndr* di conformazione) attribuito dall'art. 2103 c.c., riacquista vigore il principio della determinazione consensuale dell'oggetto»<sup>61</sup>.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Avondola A., *La riforma dell'art. 2103 c.c. dopo il Jobs Act*, in *RIDL*, 2016, I, pp. 369-397;

Balletti E., *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in AA.VV., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Giuffrè 2017, pp. 67-156;

Bellavista A., *Il nuovo art. 2103 nel Jobs Act*, in [www.dirittisocialiecittadinanza.org](http://www.dirittisocialiecittadinanza.org), 23 febbraio 2015;

Biagi M., *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 2001, I, pp. 257-290;

Bianchi D'Urso F., De Luca Tamajo R., *La mobilità professionale dei lavoratori*, in *LD*, 2/1990, pp. 233-245;

Brollo M., voce *Disciplina delle mansioni*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt Labour Studies e-Book series n. 48, 2015, pp. 29-80;

Id., *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *ADL*, 6/2015, pp. 1156-1185;

Id., *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in P. Schlesinger (dir. da), *Il codice civile. Commentario, sub art. 2103*, Giuffrè 1997;

---

<sup>60</sup>Cfr. A. Montanari, *Jobs Act e tutela contrattuale della persona: un'involuzione?*, in *Eur. dir. priv.*, 3/2016, pag. 665; G. Vidiri, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, in *ADL*, 3/2016, pag. 479.

<sup>61</sup> Cfr. G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene 1963, pag. 377.

Brollo M., Vendramin M., *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi*, in M. Persiani, F. Carinci (dir. da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, tomo I, Cedam 2012, pp. 513-603;

Cester C., *La modifica in pejus nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *DLRI*, 1/2016, pp. 167-183;

Corti M., *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act"*, in *VTDL*, 1/2016, pp. 39-67;

Id., *Le modifiche in pejus delle condizioni di contratto nelle ristrutturazioni di impresa in Italia: gli spazi dell'autonomia individuale e di quella collettiva*, in *RIDL*, 2009, I, pp. 413-434;

Curzio P., *Jobs Act. Legge, decreti, circolari, accordi, sentenze*, Cacucci 2016;

D'Antona M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 3/1991, pp. 455-487;

De Angelis A., *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, I, pp. 235-272;

De Luca Tamajo R., *Garantismo legislativo e mediazione politico-sindacale: prospettive per gli anni '80*, in A. Cessari, R. De Luca Tamajo, *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè 1987, pp. 5-24;

Id., *Jobs Act e cultura giuslavoristica*, in *DLM*, 1/2016, pp. 5-11;

Id., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene 1976;

Ferluga L., *Le modifiche unilaterali in pejus nella disciplina delle mansioni*, in *ADL*, 1/2017, pp. 25-39;

Fontana G., *Inderogabilità, derogabilità, crisi dell'eguaglianza*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-276/2015;

Galante M., *Lo jus variandi all'epoca del Jobs Act*, in F. Santoni, M. Ricci, R. Santucci (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act*, Edizioni Scientifiche 2016, pp. 51-72;

Gargiulo U., *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - Collective Volumes - 3/2014, pp. 99-109;

Id., *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubbettino 2008;

Garilli A., *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 1/2016, pp. 129-147;

Id., *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 245/2015;

Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene 1963;

Gramano E., *La riforma della disciplina del jus variandi*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma Jobs Act*, Cedam 2016, pp. 517-556;

Guastini R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè 2004;

Ichino P., *Il lavoro e il mercato*, Mondadori 1996;

Liso F., *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 257/2015;

Id., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli 1982;

Marazza M., *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *DRI*, 1/2012, pp. 41-56;

Maresca A., *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo «L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro»)*, in *DLRI*, 1/2009, pp. 96-119;

Mazzotta O., *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 3/1991, pp. 489-512;

Menegotto M., Tiraboschi M., *La disciplina delle mansioni*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè 2015, pp. 90-106;

Mengoni L., *Diritto e valori*, Il Mulino 1985;

Montanari A., *Jobs Act e tutela contrattuale della persona: un'involuzione?*, in *Eur. dir. priv.*, 3/2016, pp. 659-719;

Nogler L., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2/2004, pp. 203-247;

Pantano F., *Le modifiche consensuali dell'oggetto del contratto e la tutela della professionalità*, in G. Zilio Grandi, E. Gramano (a cura di), *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act*, Giuffrè 2016, pp. 85-103;

Perulli A., *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *RIDL*, 2007, I, pp. 427-452;

Perulli A., Speziale V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 132/2011;

Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli 2015;

Raffi A., *Ideologia e regole nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *RGL*, 2017, I, pp. 845-865;

Scarano L., *È finito il tempo dei patti di sindacato. Intervento eteronomo e autonomia individuale nel Jobs Act II*, in *RGL*, 2016, I, pp. 425-449;

Simitis S., *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *DLRI*, 1/1990, pp. 87-113;

Tampieri A., *L'accordo individuale di dequalificazione*, in *VTDL*, 1/2016, pp. 107-123;

Tosi P., *Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1968, pp. 5-55;

Vallebona A., *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *MGL*, 2011, pp. 682-687;

Id., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, I, pp. 479-481;

Vidiri G., *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, in *ADL*, 3/2016, pp. 465-482;

Voza R., *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, WPCSDLE "Massimo D'Antona".IT-262/2015;

Id., *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 c.c.*, in *RGL*, 2017, I, pp. 3-28;

Id., *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci 2012;

Zoli C., *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *DRI*, 3/2014, pp. 709-740;

Id., *La disciplina delle mansioni*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli 2015, pp. 333-356.

**Reviewed March 25th, 2018 - Accepted March 26th, 2018 on line March, 28th 2013 - Words 8280 - Characters 56817**



## **Corte di cassazione – Sezione lavoro**

*SENT. 6 GIUGNO 2018, N. 14515 - PRES. NOBILE,  
EST. NEGRI DELLA TORRE, P.M. MATERA,  
C. T. S.R.L. C. R. V.\**

**Maternità – Licenziamento – Divieto – Art. 54 d. lgs. 151/2001 – Diritto alla conservazione del posto della lavoratrice madre – Deroga in caso di cessazione dell’attività aziendale – Cessazione dell’attività di un reparto.**

*In materia di tutela della lavoratrice madre, l’eccezione al divieto di licenziamento prevista dall’art. 54, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 151 del 2001, per il periodo che va dall’inizio della gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino, non opera in caso di cessazione dell’attività di un singolo reparto dell’azienda, ancorché dotato di autonomia funzionale. La norma, infatti, ponendo già un’eccezione ad una regola generale non è suscettibile di interpretazione estensiva od analogica.*

**Maternity – Dismissal – Ban on dismissal - Legislative Decree 151/2001 art. 54 – Right to retain their jobs –Exception in the event of cessation of the activity – Cessation of a single unit.**

*About the protection of mothers, the exception to the prohibition of dismissal, according to the article 54, co. 3, lett. b), D. Lgs. n. 151/2001, from the beginning of their pregnancy to the end of the maternity leave, shall apply in the case of cessation of the total activity. The rule cannot be applied extensively or analogically in the event of the end of a functionally autonomous unit.*

+ SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. Con sentenza n. 7065/2015, depositata il 29 febbraio 2016, la Corte di appello di Roma - in parziale riforma della pronuncia di primo grado, confermata nel rigetto delle domande risarcitorie (in relazione al pregiudizio alla professionalità e altre voci di danno) - dichiarava la nullità, per violazione dell’art. 54, comma 3, lett. b), D. Lgs. n. 151 del 2001, del licenziamento intimato a R. V. dalla società C. T. s.r.l. in data 13 novembre 2008, con le statuizioni conseguenti.

La Corte rilevava, a sostegno della propria decisione, come la norma richiamata dovesse considerarsi di stretta interpretazione e di conseguenza consentisse il

---

\* Conforme a Cass., 28 settembre 2017, n. 22720, in questa stessa sezione.

+ Commento di Marcella Miracolini in questo Volume nella sezione Note a Sentenza

licenziamento della lavoratrice madre soltanto nei casi di cessazione totale dell'attività (e non anche, come nel caso di specie, di chiusura del reparto al quale la stessa era addetta).

La Corte, in ogni caso, rilevava come la società avesse espressamente assunto l'obbligo di reimpiegare la lavoratrice, al termine del periodo protetto, in altro esercizio e come la stessa, alla luce delle diverse mansioni svolte in precedenza, potesse essere utilmente ricollocata in azienda, così da determinare la nullità del recesso anche nell'ipotesi in cui si fosse ritenuto di accedere al diverso orientamento giurisprudenziale in materia.

Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza la società con quattro motivi, cui la V. ha resistito con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE. 1.- Deve, in primo luogo, essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del controricorso, per difetto di riferibilità al presente giudizio di cassazione della procura ad litem, apposta in calce al medesimo.

2. – 3. – [*Omissis*]

4.- Con il primo motivo la società ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell' art. 54, comma 3, lett. b), D.Lgs. n. 151 del 2001, per avere la Corte di appello erroneamente affermato che il divieto di licenziamento della lavoratrice madre è escluso solo nel caso di cessazione totale dell'attività aziendale, mentre si applica anche nel caso di cessazione dell'attività aziendale in un ramo o reparto autonomo a cui la lavoratrice era addetta.

5.- Con il secondo, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 1218 cod. civ. e dell'art. 54, comma 3, lett. b), D.Lgs. n. 151 del 2001, per avere la Corte erroneamente fatto discendere dall'inadempimento dell'obbligo di ricollocazione (assunto dalla società con nota del 20/12/2007) la illegittimità del recesso anziché il risarcimento del danno.

6.- Con il terzo, la ricorrente deduce ancora violazione e falsa applicazione dell'art. 54, comma 3, lett. b), D.Lgs. n. 151 del 2001 e dell'art. 3 L. n. 604 del 1966 per avere la Corte erroneamente affermato che la lavoratrice poteva essere reimpiegata nei residui esercizi commerciali della società senza però accertare che vi fossero posti disponibili.

7.- Con il quarto e subordinato motivo la ricorrente deduce vizio di motivazione per avere la Corte omesso l'esame dei fatti che avrebbero potuto dimostrare la mancanza di posti disponibili in cui ricollocare la lavoratrice.

8.- Il ricorso deve essere respinto.

9.- Deve, infatti, rilevarsi che l'art. 54, comma 3, lett. b), D.Lgs. n. 151 del 2001 prevede la non applicabilità del divieto di licenziamento di cui al comma 1 nell'ipotesi di cessazione dell'attività dell'azienda alla quale la lavoratrice è addetta.

10.- Poiché si tratta di norma che pone un'eccezione ad un principio di carattere generale (e cioè quello fissato dall'art. 54, comma 1, di divieto di licenziamento della lavoratrice che si trovi nelle condizioni ivi specificate), essa è da ritenersi di stretta interpretazione e, come tale, non suscettibile di interpretazione estensiva o analogica; con la conseguenza che per la non applicabilità del divieto devono ricorrere entrambe le condizioni previste dalla citata lett. b) e cioè che il datore di lavoro sia un'azienda e che vi sia cessazione dell'attività (Cass. n. 10391/2005).

11.- Su tali premesse è stato più di recente ribadito nella giurisprudenza di questa Corte che la deroga al divieto di licenziamento di cui all'art. 54, comma 3, lett. b), D.Lgs. n. 151 del 2001, dall'inizio della gestazione fino al compimento dell'età di un anno del bambino, opera solo in caso di cessazione dell'intera attività aziendale, per cui, trattandosi di fattispecie normativa di stretta interpretazione, essa non può essere applicata in via estensiva o analogica alle ipotesi di cessazione di ramo d'azienda (Cass. n. 18363/2013).

12.- Tale orientamento, a cui si ritiene di dare continuità, è stato da ultimo confermato da Cass. 22720/2017, secondo la quale "in tema di tutela della lavoratrice madre, la deroga al divieto di licenziamento di cui all'art. 54, comma 3, lett. b), D.Lgs. n. 151 del 2001, dall'inizio della gestazione fino al compimento dell'età di un anno del bambino, opera solo in caso di cessazione dell'intera attività aziendale, sicchè, trattandosi di fattispecie normativa di stretta interpretazione, essa non può essere applicata in via estensiva od analogica alle ipotesi di cessazione dell'attività di un singolo reparto dell'azienda, ancorchè dotato di autonomia funzionale".

13.- Non ricorrono le condizioni per la rimessione della questione interpretativa alle Sezioni Unite, non essendovi contrasto sincronico tra la (risalente e non più confermata) giurisprudenza citata dalla ricorrente e le pronunce di legittimità su cui la Corte di merito ha fondato la propria decisione.

14.- Gli altri motivi di ricorso restano assorbiti.

[*Omissis*]



## **Corte di cassazione – Sezione lavoro**

*SENT. 28 SETTEMBRE 2017, N. 22720*

*PRES. MAMMONE, EST. CALAFIORE,*

*P.M. MASTROBERARDINO,*

*T. W. S.P.A. C. A. E.\**

**Donne – Licenziamento – Lavoratrice madre – Divieto – Art. 54 d. lgs. 151/2001 – Diritto alla conservazione del posto della lavoratrice madre – Nullità – Deroga in caso di cessazione dell’attività aziendale – Cessazione dell’attività di un reparto.**

*In tema di tutela della lavoratrice madre, la deroga al divieto di licenziamento di cui all’art. 54, comma 3, lett. b), del D. Lgs. n. 151 del 2001, dall’inizio della gestazione fino al compimento dell’età di un anno del bambino, opera solo in caso di cessazione dell’intera attività aziendale; sicché, trattandosi di fattispecie normativa di stretta interpretazione, essa non può essere applicata in via estensiva od analogica alle ipotesi di cessazione dell’attività di un singolo reparto dell’azienda, ancorché dotato di autonomia funzionale.*

**Women – Dismissal – Mother – Ban on dismissal - Legislative Decree 151/2001 art. 54 – Right to retain their jobs – Nullity – Exception in the event of cessation of the activity – Cessation of a single unit.**

*About the protection of mothers, the exception to the prohibition of dismissal, according to the article 54, co. 3, lett. b), D. Lgs. n. 151/2001, from the beginning of their pregnancy to the end of the maternity leave, shall apply in the case of cessation of the total activity. The rule cannot be applied extensively or analogically in the event of cessation of a functionally autonomous unit.*

+ SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. Con sentenza n. 926/2014 la Corte d’appello di L’Aquila, respingendo l’appello principale e quello incidentale, ha confermato la sentenza di primo grado che aveva dichiarato l’inefficacia del licenziamento intimato il 4 dicembre 2009 ad A. E., durante la gravidanza, da T. W. s.p.a. nel corso di una procedura di licenziamento collettivo e condannato la datrice di lavoro a corrispondere alla lavoratrice, in luogo della reintegrazione, l’indennità sostitutiva pari a 15 mensilità della retribuzione globale di fatto ed ulteriori cinque mensilità a titolo di risarcimento del danno, oltre accessori.

+ Commento di Marcella Miracolini in questo Volume nella sezione Note a Sentenza

\* Conforme a: Cass. 7 agosto 2013, n. 18810; Cass. 31 luglio 2013, n. 18363.



La Corte territoriale, ricordati i contenuti dell'art. 54 d.lgs. n. 151 del 2001 come modificato dal d.lgs. 115/2003, ha affermato che il licenziamento era vietato posto lo stato di gravidanza della lavoratrice alla data del 4 dicembre 2009 e che era insussistente il presupposto escludente il divieto, costituito dalla cessazione dell'intera attività imprenditoriale.

Avverso la sentenza d'appello ricorre per cassazione T. W. s.p.a. con unico motivo il motivo illustrato da memoria. Resiste A. E. con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE. 1.- Con il motivo di ricorso si deduce, contemporaneamente, violazione e o falsa applicazione dell'art. 54 del d.lgs. n. 151 del 2001 ed omesso esame circa il fatto decisivo dell'effettiva cessazione dell'attività aziendale. In sostanza, la società ricorrente afferma che la Corte territoriale avrebbe errato nel non ritenere integrata la condizione della cessazione dell'attività dell'azienda posto che erano stati licenziati, a seguito della procedura di mobilità iniziata con comunicazione dell'8 giugno 2009, i dipendenti del sito di L'Aquila tra i quali si trovava la E.. La condizione legittimante l'esenzione dal divieto di licenziamento valeva anche laddove, come nel caso di specie, si era verificata la chiusura del solo reparto di contact center - dotato di autonomia funzionale - presso cui prestava attività la lavoratrice in gravidanza, ai sensi dell' art. 54, comma 3, lett. b) d.lgs. n. 151 del 2001. Ad avviso della ricorrente, inoltre, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 115 del 2003, non poteva dirsi sussistente alcun divieto assoluto di licenziamento della lavoratrice madre a seguito di procedura di mobilità.

2.- Alla disamina del motivo va premesso che a seguito della sentenza n. 61 del 1991 della Corte Costituzionale non può essere messo in discussione che il licenziamento della lavoratrice madre, al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge, è nullo e non meramente privo di temporanea inefficacia; da ciò discende che la tecnica di intimazione del licenziamento di A. E., caratterizzata dalla intimazione durante la gravidanza e con previsione di efficacia differita ad epoca successiva al compimento del primo anno di vita del figlio, non vale a modificare i tratti essenziali della fattispecie normativa e del relativo quadro sanzionatorio giacché attraverso tale espediente risulta di fatto frustrato lo scopo di tutelare il diritto alla serenità della gestazione che la Corte Costituzionale con la pronuncia suddetta ha posto a fondamento della pronuncia di della dell'art.2 l. 30 dicembre 1971, n. 1204, nella parte in cui prevedeva la temporanea inefficacia anziché la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e di puerperio.

3.- Dunque, il quadro normativo al cui interno va collocata la concreta fattispecie in esame va riferito, essenzialmente, al d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, art. 54, decreto contenente il "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma della L. 8 marzo 2000, n.

53, art. 15". Tale norma, proveniente, quanto al licenziamento, dalla L. 30 dicembre 1971, n. 1204, art. 2, dopo aver ribadito, nei commi 1 e 2, il divieto di licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza al compimento di un anno di età del figlio, con le eccezioni di cui al comma 3, tra le quali quella relativa alla "cessazione dell'attività dell'azienda di cui essa è addetta", contiene al comma 4, una disposizione del seguente tenore:

"Durante il periodo nel quale opera il divieto di licenziamento, la lavoratrice non può essere sospesa dal lavoro, salvo il caso che sia sospesa l'attività dell'azienda o del reparto di cui essa è addetta, sempreché il reparto stesso abbia autonomia funzionale. La lavoratrice non può altresì essere collocata in mobilità a seguito di licenziamento collettivo ai sensi della L. 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni". Nel successivo Decreto 23 aprile 2003, n. 115 - emanato ai sensi della Legge Delega 8 marzo 2000, n. 53, art. 15, comma 3, come modificato dalla L. 16 gennaio 2003, n. 3, art. 54 (che aveva prorogato fino a due anni l'originario termine di un anno assegnato al Governo dalla L. n. 53 del 2000, art. 15, comma 3, per procedere all'eventuale emanazione, nel rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al comma 1, di disposizioni correttive del testo unico) -, l'art. 4, comma 2, ha inserito nel d.lgs. n. 151 del 2001, art. 54, comma 4, dopo le ultime parole, le seguenti: "salva l'ipotesi di collocamento in mobilità a seguito della cessazione dell'attività dell'azienda di cui al comma 3, lett. b)".

4.- Per effetto di tale modifica, il testo dell'art. 54, comma 4, seconda parte, è divenuto il seguente: "La lavoratrice non può altresì essere collocata in mobilità a seguito di licenziamento collettivo ai sensi della L. 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, salva l'ipotesi di collocamento in mobilità a seguito della cessazione dell'attività dell'azienda di cui al comma 3, lett. b)". Tale formulazione richiede di precisare se la cessazione dell'attività dell'azienda possa anche riferirsi al solo reparto presso cui la dipendente prestava la propria attività. E' questa, peraltro, la tesi della società ricorrente.

5.- Il tenore testuale della norma, come già osservato da questa Corte di cassazione con le sentenze nn. 18810/2013 e 18363/2013 cui si intende dare continuità, indica che solo in caso di cessazione dell'attività dell'intera azienda è possibile il collocamento in mobilità della lavoratrice madre, in quanto il d.lgs. art. 54, comma 3, lett. b), prevede la non applicabilità del divieto di licenziamento di cui al comma 1 nell'ipotesi chiara di "cessazione dell'attività dell'azienda" alla quale la lavoratrice è addetta e trattandosi di norma che pone un'eccezione ad un principio di carattere generale (e cioè quello fissato dall'art. 54, comma 1, di divieto del licenziamento della lavoratrice che si trovi nelle condizioni ivi specificate), essa non può che essere di stretta interpretazione e non è suscettibile di interpretazione estensiva o analogica.

Ritiene quindi il Collegio di dare ulteriore continuità al principio di diritto affermato da questa Corte nella sentenza n. 10391 del 2005 secondo cui, in tema di tutela della lavoratrice madre, la deroga al divieto di licenziamento dettato dal d.lgs. n. 151 del 2001, art. 54 - secondo cui è vietato il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine del periodo di interdizione dal lavoro, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino - prevista dall'art. 54, comma 3, lett. b), del medesimo decreto, opera nell'ipotesi di cessazione di attività dell'azienda alla quale la lavoratrice è addetta ed è insuscettibile di interpretazione estensiva ed analogica; ne consegue che, per la non applicabilità del divieto devono ricorrere entrambe le condizioni previste dalla citata lett. b), ovvero che il datore di lavoro sia un'azienda, e che vi sia stata cessazione dell'attività.

6.- Deve, darsi atto della circostanza che la giurisprudenza di legittimità aveva in precedenza interpretato la locuzione "cessazione dell'attività di azienda" come estensibile alla soppressione di un ramo o reparto del tutto autonomo e salva la prova del *repechage* (Cass. 21.12.2004 n. 23684, conf. Cass. 8.9.1999 n. 9551), enunciando tale principio nell'ambito di fattispecie regolate dalla L. n. 1204 del 1971. Questa, seppure all'art. 2, comma 3, lett. b) conteneva una previsione analoga a quella del d.lgs. 30 dicembre 2001, n. 151, art. 54, comma 3, lett. b) al comma 4, era priva della specificazione (del divieto di collocamento in mobilità a seguito di licenziamento collettivo, salva l'ipotesi della cessazione dell'attività dell'azienda) introdotta dal legislatore del 2001 in funzione rafforzativa della tutela della lavoratrice madre. La collocazione di tale previsione dopo quella relativa alla sospensione dal lavoro ("...la lavoratrice non può essere sospesa dal lavoro, salvo il caso che sia sospesa l'attività dell'azienda o del reparto cui essa è addetta, sempreché il reparto stesso abbia autonomia funzionale") costituisce un'indicazione interpretativa che porta a ritenere che quello che costituiva il parametro comune assunto dalla giurisprudenza per giungere ad assimilare l'ipotesi di cessazione dell'attività di un ramo o reparto autonomo a quella dell'intera azienda, ai fini dell'operatività delle deroga al divieto legale, non sia più validamente richiamabile per le fattispecie regolate (come quella in esame) dal d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 e che, dunque, non sia argomentabile l'estensione interpretativa prima sostenuta.

7.- Peraltro, nelle decisioni di questa Corte sopra richiamate, si è opportunamente messo in evidenza che anche nella vigenza della L. n. 1204 del 1971, l'orientamento di legittimità non era univoco. La sentenza n. 1334 del 1992 aveva infatti affermato che le disposizioni della L. 30 dicembre 1971, n. 1204, art. 2, che prevedono entro limiti precisi e circoscritti deroghe al generale divieto di licenziamento della lavoratrice madre dall'inizio del periodo di gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino, riferibili a casi in cui l'estinzione del rapporto si presenta

come evento straordinario o necessitato, non possono essere interpretate in senso estensivo. Pertanto la disposizione della lett. b) del citato articolo - che nel periodo suddetto consente al datore di lavoro di recedere dal rapporto nel caso di cessazione dell'attività dell'azienda - non può essere intesa come comprensiva del caso di cessazione dell'attività di un singolo reparto dell'azienda, seppur dotato di autonomia funzionale, atteso che il legislatore ha considerato tale articolazione dell'azienda solo nell'ultimo comma dello stesso art. 2, disponendo che nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento la lavoratrice non può essere sospesa dal lavoro, salvo che sia sospesa l'attività dell'azienda o del reparto al quale la medesima è addetta, sempreché il reparto abbia autonomia funzionale (in tal senso sono state richiamate anche Cass. n. 1334/92; n. 6236 del 1986).

8.- Da quanto sin qui espresso emerge con chiarezza che l'aver chiuso e cessato l'attività del solo contact center di l'Aquila, ove la E. prestava attività - non può integrare in favore della società ricorrente il presupposto della cessazione dell'attività aziendale che avrebbe reso inoperante il divieto di licenziamento della lavoratrice madre.

9.- Il secondo profilo del motivo del ricorso - che verte sulla dimostrazione della effettiva cessazione dell'attività della sede di l'Aquila - presuppone l'adesione al diverso orientamento secondo cui il caso della cessazione dell'attività dell'azienda, in relazione al quale il d.lgs. n. 151 del 2001, art. 54, comma 3, lett. b) - al pari della L. 30 dicembre 1971, n. 1204, art. 2, comma 3, lett. b), - prevede l'inapplicabilità del divieto di licenziamento della lavoratrice, è integrato anche dalla soppressione di un reparto organizzato avente autonomia funzionale, qualora la lavoratrice ad esso addetta non sia più utilmente collocabile in un reparto diverso. In ogni caso, pure ove di accedesse a tale interpretazione, il motivo sarebbe inammissibile.

Premesso che grava sul datore di lavoro l'onere di fornire la prova dell'impossibilità di ogni altra utile collocazione della lavoratrice in altri rami dell'azienda diversi da quello la cui attività sia cessata (cfr. in tal senso, Cass. 16 novembre 1985 n. 5647, 26 marzo 1982 n. 1897, 11 dicembre 1982 n. 6806), la censura con cui la società ricorrente investe la decisione per non avere approfondito tali aspetti (vedi punto 21 del ricorso) è del tutto generica ed inidonea ad incrinare la logicità e coerenza della motivazione. Invero, si trattava di dare dimostrazione di un fatto negativo come quello che costituiva oggetto dell'onere probatorio gravante sul datore di lavoro per cui lo stesso avrebbe dovuto offrire prova di fatti positivi, come il fatto che i residui posti di lavoro relativi a mansioni equivalenti fossero al tempo del licenziamento stabilmente occupati o il fatto che dopo il licenziamento e per un congruo lasso di tempo non sia stata effettuata alcuna assunzione nella stessa qualifica (Cass. 13 novembre 2001, n. 14093 e 9 settembre 2003 n. 13187).

Le spese relative al giudizio di legittimità sono a carico della ricorrente, in applicazione del principio della soccombenza. [*Omissis*]



**ANCORA SULLA PORTATA DELLA NOZIONE  
DI “CESSAZIONE DELL’ATTIVITÀ D’AZIENDA”  
A PROPOSITO DEL LICENZIAMENTO DELLA  
LAVORATRICE MADRE NEL CORSO DI UNA  
PROCEDURA PER LICENZIAMENTO  
COLLETTIVO\***

**DI MARCELLA MIRACOLINI**

**Abstract** - *The judgment in question makes a remark about the meaning of the exception to the prohibition of dismissal, according to the article 54 D. Lgs. n. 151/2001, by clarifying that “cessation of the activity” of the firm does not include the cessation of a single unit. Analysing the reasoning of the Court, the note underlines some important evidence about the regulation of dismissal of pregnant workers during the period from the beginning of their pregnancy to the end of the maternity leave.*

**Riassunto** - *Con la sentenza annotata la Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sulla corretta interpretazione di una delle eccezioni al divieto di licenziamento sancito dall’art. 54 D. Lgs. n. 151/2001, chiarendo che nell’ipotesi di cessazione dell’attività d’azienda non può intendersi ricompresa anche la cessazione dell’attività di un singolo reparto, seppur dotato di autonomia funzionale. Nel ripercorrere il ragionamento seguito dai giudici, la nota richiama alcuni importanti principi in materia di licenziamento delle lavoratrici madri nel periodo protetto.*

**Keywords** – *Mother – Ban on dismissal – Cessation of the activity – Functionally autonomous unit*

**Parole chiave** – *Lavoratrice madre – Divieto di licenziamento – Cessazione dell’attività d’azienda – Unità funzionalmente autonoma*

**Sommario** – *1. L’eccezione di cui all’art. 54, comma 3 lett. b) D Lgs. n. 151/2001 – 2. Il divieto di licenziamento come strumento di effettività della tutela. – 3. Sulla disciplina delle sospensioni e sulla procedura di licenziamento collettivo. – 4. Sul dibattito giurisprudenziale intorno all’ipotesi della “cessazione dell’attività d’azienda”.*

---

\* Commento a Cass. civ., sez. lav., 28 settembre 2017, n. 22720, in questo stesso fascicolo nella sezione giurisprudenza.

## 1. L'ECCEZIONE DI CUI ALL'ART. 54, COMMA 3 LETT. B), D. LGS. N. 151/2001

La questione di cui alla sentenza in commento non è nuova nel panorama giurisprudenziale e dottrinale. La Suprema Corte, infatti, si era già pronunciata in diverse occasioni sulla corretta interpretazione delle eccezioni al divieto di licenziamento delle lavoratrici madri, sancito dall'art. 54 D. Lgs. n. 151 del 2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità, a norma della L. 8 marzo 2000, n. 53, art. 15): a) colpa grave della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto<sup>1</sup>; b) cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta<sup>2</sup>; c) ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o scadenza del termine<sup>3</sup>; d) esito negativo della prova<sup>4</sup>.

Con la sentenza annotata, nel dare continuità alle sue più recenti pronunce, la Cassazione torna a chiarire ancora una volta che in una delle ipotesi anzidette, quella della “cessazione dell'attività d'azienda” (comma 3, lett. b), quale condizione prevista dalla legge ed idonea a rendere inoperante il divieto *ex art. 54 D. Lgs. n. 151/2001*, non può

---

<sup>1</sup> Cass. 21 settembre 2000, n. 12503, in *Lav. Giur.*, 2000, p. 343 ss. con nota di G. FERRAÙ, *Lavoratrice madre e “giusta causa” di licenziamento per “colpa grave”*; Cass. 11 giugno 2003, n. 9405, in *Lav. Giur.*, 2004, p. 944 ss. con nota di R. NUNIN, *Legittimo il licenziamento della lavoratrice madre se la colpa è la grave*; Cass. 29 settembre 2011, n. 19912, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. 26 gennaio 2017, n. 2004, in *Lav. Giur.*, 2017, p. 673 ss. con nota di I. BRESCIANI, *La tutela della lavoratrice madre*.

<sup>2</sup> Per la giurisprudenza sulla lett. b) si rimanda alle successive note *infra*, in particolare cfr. note 37, 40.

<sup>3</sup> Cass. 27 agosto 2003, n. 12569, in *Mass. giur. lav.*, 2003; Cass. 22 giugno 2009, in *Lav. Giur.*, 2009, p. 1166 ss.

<sup>4</sup> Su tutte Corte Cost. 31 maggio 1996, n. 172, in *Lav. Giur.*, 1998, p. 848 ss. con nota di D. GOTTARDI, *Lavoratrici in prova in stato di gravidanza e licenziamento*; ma anche Cass. 21 agosto 2004, n. 16505, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 949 ss.; nonché le pronunce di merito che escludono la natura discriminatoria del licenziamento della lavoratrice sulla base della mera successione cronologica tra stato di gravidanza e recesso per mancato superamento del periodo di prova, cfr. Trib. Milano 6 maggio 2006, in *Lav. Giur.*, 2007, p. 95 ss.; Trib. Torino 5 maggio 2016, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

intendersi ricompresa anche la cessazione dell'attività di un singolo reparto, seppur dotato di autonomia funzionale.

Il caso *sub iudice* riguardava il licenziamento di una lavoratrice durante il periodo di gravidanza, all'esito di una procedura per licenziamento collettivo, da parte di una società che aveva esercitato il recesso dal rapporto con tutti i dipendenti di uno dei propri siti, il reparto di contact-center di L'Aquila, in cui prestava attività anche la lavoratrice.

La ricorrente società, impugnando la sentenza della Corte d'Appello, che aveva dichiarato inefficace il licenziamento nei confronti della dipendente, insisteva sulla sussistenza nel caso di specie della condizione legittimante lo stesso, ovvero la chiusura del reparto, integrante - a suo parere - l'elemento eccezionale della cessazione dell'attività d'azienda, che giustifica all'esito della procedura di mobilità anche il licenziamento nel periodo protetto. La legge, infatti, secondo la datrice di lavoro, laddove consente il recesso per cessazione dell'attività dell'azienda, intenderebbe riferirsi non solo a quest'ultima nel suo complesso, ma anche a una singola articolazione se funzionalmente autonoma.

La Suprema Corte nella sua motivazione ribadisce, invece, i principi già espressi nel più recente e consolidato orientamento<sup>5</sup>. Poiché il D. Lgs. n. 151/2001, all'art. 54, comma 3, lett. b) pone un'eccezione ad un principio di carattere generale, essa deve intendersi come fattispecie suscettibile solo di un'interpretazione di stretto rigore. Pertanto, il licenziamento che venga intimato nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza sino al compimento di un anno di età del bambino potrà considerarsi effettivamente legittimo solo quando ricorrano nel

---

<sup>5</sup> La Corte di Cassazione richiama espressamente due sentenze: Cass. 7 agosto 2013, n. 18810 in <http://www.cortedicassazione.it> e Cass. 31 luglio 2013, n. 18363 in *Lav. giur.*, 2014, p. 261 ss. con nota di D. ZANETTO, *La tassatività della deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre per cessazione dell'attività aziendale*, nelle quali la giurisprudenza di legittimità segue un identico iter logico giuridico nel dare conferma all'interpretazione restrittiva.



caso concreto entrambi i requisiti richiesti dalla normativa, ovvero che il datore di lavoro sia un'azienda e che vi sia stata una totale cessazione di questa, complessivamente intesa: non è sufficiente ad integrare l'eccezione la chiusura del singolo reparto.

Il recesso che aveva coinvolto la lavoratrice in gravidanza, a seguito della chiusura di uno solo dei siti, rientrando a pieno nel periodo in cui vige il divieto e non ricadendo in nessuna delle ipotesi eccezionali, veniva pertanto dichiarato illegittimo.

## **2. IL DIVIETO DI LICENZIAMENTO COME STRUMENTO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA**

Nella premessa la Suprema Corte coglie l'occasione per richiamare alcuni principi generali in materia di licenziamento delle lavoratrici madri nel periodo protetto.

In primo luogo, la Cassazione fa riferimento alla natura del vizio da cui è affetto il licenziamento illegittimo, intimato fuori dalle ipotesi eccezionalmente consentite dalle lettere a), b), c) e d) dell'art. 54, comma 3, D. Lgs. n. 151/2001 e dunque in violazione del divieto.

Com'è noto il dibattito sorto intorno alla questione degli effetti di una violazione del divieto di licenziamento era stato già risolto dalla Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 61 del 1991, la quale aveva inequivocabilmente ricondotto la natura di tale vizio alla categoria giuridica della nullità; un decennio prima, dunque, che fosse la stessa normativa a prevederlo in maniera esplicita, all'art. 54, comma 5, D. Lgs. n. 151/2001.

A fronte, infatti, del dibattito, tutt'altro che irrilevante, in merito alle conseguenze da far derivare ad un recesso datoriale illegittimo, rientrante nei casi di operatività della tutela, si era reso necessario un intervento che chiarisse la portata della norma e confermasse conseguentemente il valore preminente della previsione del divieto di li-

enziamento, evitandone possibili elusioni ed applicazioni che ne avrebbero di fatto svuotato il contenuto.

La sentenza della Consulta era giunta all’esito di un ampio confronto giurisprudenziale sulla qualificazione del licenziamento intimato durante il periodo vietato e non rientrate nelle eccezioni derogatorie, sotto la vigenza dell’art. 2 L. 30 dicembre 1971, n. 1204. Secondo un primo orientamento, prioritario prima dell’intervento del 1991, in mancanza di un’espressa previsione legislativa, il licenziamento intimato alla lavoratrice madre in violazione del divieto non poteva considerarsi affetto da nullità assoluta, bensì solo inefficace e, perciò, produttivo di effetti al termine del periodo di protezione<sup>6</sup>. Minoritario era, invece, l’indirizzo giurisprudenziale, pur ampiamente sostenuto dalla dottrina, secondo cui il licenziamento doveva ritenersi assistito da vizio di nullità, risultando pertanto improduttivo di ogni effetto *ab origine*<sup>7</sup>. Su queste ultime posizioni si era allineata la Corte Costituzionale, chiarendo che l’impianto di diritti e tutele posti dall’ordinamento risulterebbe privo dell’effettività necessaria, alla luce di un principio di ragionevolezza, qualora l’espulsione - temporaneamente inefficace - fosse semplicemente differita nella produzione dei suoi effetti ad un momento successivo, seguente il periodo protetto<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> In tal senso si erano espresse, su tutte, le Sezioni Unite con la sentenza Cass. civ., Sez. Un., 21 agosto 1990, n. 8535 in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 427 ss.; ma prima ancora una serie di numerose altre pronunce, tra cui Cass. 9 settembre 1981, n. 5064 in *Mass. giur. lav.*, 1982, p. 57 ss.; Cass. 11 dicembre 1982, n. 6806 in *Giust. civ.*, 1983, p. 2029 ss.; Cass. 27 marzo 1985, n. 2165 in *Giust. civ.*, p. 3108 ss.; Cass. 20 ottobre 1987, n. 7747 in *Giur. it.*, 1988, p. 1382 ss.; Cass. 14 gennaio 1988, n. 252 in *Dir. prat. lav.*, 1988, p. 1520 ss.; Cass. 30 maggio 1989, n. 2617 in *Mass. giur. it.*, 1989.

<sup>7</sup> Cass. 14 luglio 1984, n. 4144 in *Giust. civ.*, 1984, p. 3278 ss.; Cass. 22 luglio 1987, n. 6384, in <http://www.cortedicassazione.it>. Il dibattito aveva interessato anche la dottrina che, al contrario della giurisprudenza di legittimità, sembrava propendere maggiormente per la nullità assoluta, cfr. ad esempio G. M. MATTAROLO, *Il divieto di licenziamento delle lavoratrici madri e i limiti generali al potere di recesso del datore di lavoro*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1980, p. 501 ss.; R. PESSI, *Orientamenti legislativi per la tutela del lavoro femminile*, in *Giur. it.*, 1973, p. 208 ss.

<sup>8</sup> Corte Cost. 8 febbraio 1991, n. 61, in *Riv. giur. lav.*, 1991, III, p. 3 ss. con nota di G. SCAGLIONE, *Sugli effetti del licenziamento delle lavoratrici madri. Una sentenza definitiva della Corte costituzionale*; in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 2 ss. con nota di G. FONTANA, *Il “dialogo”* volume 10, n. 1 del 2018

Invero, il richiamo operato dalla Corte nella sentenza in commento circa la nullità che discende dalla violazione del divieto, *prima facie* superfluo, nel caso in esame è giustificato dall'esigenza di escludere qualsiasi rilevanza alla tecnica utilizzata dalla società per intimare il licenziamento alla lavoratrice.

La datrice di lavoro, ben consapevole delle condizioni della propria dipendente, aveva espressamente comunicato il recesso, differendo al compimento di un anno di età del bambino gli effetti dello stesso. Chiariscono i Giudici che l'espedito non è per nulla idoneo né a modificare la fattispecie normativa, in cui va correttamente inquadrato il caso concreto (ovvero l'art. 54 Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), né a mutare il relativo quadro sanzionatorio, che non lascia spazio a dubbi interpretativi.

Riconoscere il contrario significherebbe ammettere la possibilità di frustrare ed eludere gli scopi che le norme prima e la giurisprudenza poi, rispetto agli interrogativi lasciati aperti dalla normativa, cercano di tutelare, pregiudicando infine ogni effetto di protezione derivante dall'applicazione del divieto.

Il complesso assetto normativo a tutela delle lavoratrici madri ha subito nel tempo un'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ne ha esteso l'originaria *ratio* di garanzia essenzialmente fisica, nella direzione di una difesa più profonda, rivolta alla tutela del delicato rapporto relazionale ed affettivo tra madre e figlio; alla tutela del valore sociale della maternità e non in ultimo alla tutela dei diritti della donna alla realizzazione personale professionale<sup>9</sup>. Nell'ambito di tale di-

---

*tra Corte Costituzionale e Cassazione in tema di licenziamento della lavoratrice madre*; in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 724 ss. con nota di M. G. MATTAROLO, *Sulla nullità del licenziamento della lavoratrice madre*; in *Dir. lav.*, 1991, p. 221 ss. con nota di F. DE FALCO, *La Corte costituzionale e la nullità del licenziamento della lavoratrice madre*.

<sup>9</sup> Dal primo intervento legislativo L. n. 242/1902 al D. Lgs. n. 81/2015. Si v. D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, Torino, 2016.

sciplina protettrice, la disposizione che vieta il licenziamento, nel periodo della gravidanza sino al compimento di un anno di età del bambino, assume un ruolo essenziale di garanzia.

La previsione del divieto non è nuova: il R. D. n. 654/1934 aveva imposto un generale divieto di licenziamento, poi riconfermato dalla L. n. 860/1950, la quale lo estendeva a tutto il periodo di gestazione, se già accertato da regolare certificato medico, sino al termine del periodo di astensione obbligatoria, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino; con il rischio, tuttavia, che la dipendente rimanesse sprovvista di tutela ove non fosse essa stessa ancora consapevole della gravidanza o non avesse dato immediato avviso al proprio datore di lavoro<sup>10</sup>. Con la successiva L. n. 1204/1971 (modificata ed integrata dagli interventi legislativi seguenti<sup>11</sup>), che ha costituito per molti altri anni la fonte principale a tutela della lavoratrice madre, perlomeno sino al T.U. del 2001, la normativa in materia di licenziamento ha conosciuto un momento di decisivo rafforzamento, in particolare per aver connesso la garanzia allo stato oggettivo di gravidanza, ancorché il datore di lavoro fosse inconsapevole, alla data del licenziamento, delle condizioni della dipendente<sup>12</sup>.

In mancanza del menzionato divieto qualsiasi norma antielusiva accordata alle lavoratrici, in condizioni di gravidanza o puerperio, finirebbe per essere facilmente aggirabile attraverso la ritorsione più

---

<sup>10</sup> M. TATARELLI, *La donna nel rapporto di lavoro*, Cedam, Milano, 1994, p. 135 ss.

<sup>11</sup> Tra gli interventi di modifica: L. n. 903/1977, L. n. 125/1991, D. Lsg. n. 645/1996 e L. n. 53/2000.

<sup>12</sup> Ne consegue che la certificazione assolve solo ad una funzione informativa e probatoria, ma non condiziona in sé l'operatività del divieto. Cfr. F. MARIOSA, *Tutela della donna e rapporti di lavoro*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1975 ss., che richiama Cass. 20 maggio 2000, n. 6595, in *Dir. giur.*, 2000, n. 22, p. 44; Trib. Roma, 10 aprile 2003, in *Oss. giur. lav.*, 2004, II, p. 85. L'oggettività dello stato di gravidanza è stata confermata anche dalla Corte Costituzionale in Corte Cost. 14 dicembre 2001, n. 405, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 202; cfr. L. CASAMASSIMA, *Regime protettivo invocabile dalla lavoratrice madre licenziata*, in *Lav. giur.*, 2005, 3, p. 241 ss.

grave, ovvero la loro espulsione dal lavoro, che verrebbe in qualche modo giustificata da parte del datore di lavoro<sup>13</sup>.

La *ratio* del divieto va rintracciata, da un lato, nell'intenzione di impedire comportamenti del datore che possano turbare l'equilibrio psico-fisico della donna in un momento così delicato della propria esistenza; dall'altro, nella possibilità di assicurare in questo modo ad essa, nella veste di lavoratrice e professionista, la protezione del proprio livello professionale, impedendo in ultimo ogni forma di discriminazione sottesa, anche indiretta<sup>14</sup>.

La Corte non richiama, tuttavia, motivi discriminatori, ma fa solo riferimento alla necessità di non turbare il diritto alla serenità della gestazione della dipendente.

L'assenza di un tale rimando deriva dal fatto che, sebbene il collegamento tra la questione in oggetto ed il tema discriminatorio sembrerebbe scontato, è pur vero che il licenziamento vietato *ex art.* 54 D. Lgs. n. 151/2001 non può qualificarsi *strictu sensu* alla stregua di un licenziamento discriminatorio. L'aver coinvolto una lavoratrice in condizione di gravidanza non è da solo elemento sufficiente a ritenere il recesso posto in essere per motivi discriminatori, sebbene la maternità sia ormai riconosciuta come indubbio fattore di discriminazione diretta in base al genere<sup>15</sup> e nonostante la conseguenza ultima in

<sup>13</sup> Per una ricostruzione della disciplina a protezione della lavoratrice madre si rimanda, tra gli altri, a M. V. BALLESTRERO, *Maternità* (voce), in *Dig. disc. priv. Sez. comm.*, vol. IX, Utet, Torino, 1993, p. 327 ss. Inoltre, sugli ultimi interventi si v. anche D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, cit.; D. GOTTARDI, *La tutela della maternità e della paternità*, in P. ZATTI (diretto da), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia. Trattato di diritto di famiglia*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>14</sup> Tra le principali direttive comunitarie sulla parità di genere: dir. 76/207/CE, poi modificata da dir. 2002/73/CE; dir. 2006/54/CE.

<sup>15</sup> Quanto all'idea per cui la maternità costituisce un fattore di discriminazione diretta in ragione del sesso, un ruolo essenziale è stato svolto dalla giurisprudenza comunitaria con alcune importanti pronunce. Emblematiche sono in tal senso, tra le altre, sent. *Dekker* (Corte Giust. UE 8 novembre 1990, causa 177/88 in *Racc.*, 1990, p. 3941 ss.), sent. *Mahlburg* (Corte Giust. UE 3 febbraio 2000, causa 207/98 in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, p. 173 ss.), sent. *Mayr* (Corte Giust.

entrambe le ipotesi sia da individuare comunque nella sanzione della nullità.

Nel caso del divieto di licenziamento nel periodo protetto *ex art. 54 D. Lgs. n. 151/2001* si sarebbe piuttosto dinanzi ad un vincolo temporaneo al potere datoriale di procedere al recesso. Il datore non può intimare il licenziamento nonostante l'esistenza di giustificazioni che, in altri periodi “non protetti”, ne consentirebbero, invece, l'esercizio legittimo<sup>16</sup>. L'inosservanza del divieto sembra plausibilmente valutabile come una violazione di norma imperativa di legge<sup>17</sup>, inibendo *ab origine* al datore di lavoro la possibilità di recedere dal rapporto, se non in ipotesi rigorosamente tassative, non essendo ammesso a dimostrare che la scelta di licenziare non dipenda dal fatto che la lavoratrice sia incinta o sia da poco madre<sup>18</sup> e addirittura anche quando sia del tutto inconsapevole dello stato di gravidanza della sua dipendente; ed, infine, essendo sufficiente ai fini della dichiarazione di illegittimità il solo accertamento del verificarsi del fatto oggettivo del recesso<sup>19</sup>.

---

UE 26 febbraio 2008, causa 506/06 in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 388), sent. *Handeles* (Corte Giust. UE 8 novembre 1990, causa 179/88, in *Not. giur. lav.*, 1991, p. 188 ss.). La maternità è stata esplicitamente indicata come fattore di discriminazione con la modifica dell'art. 25 (*Discriminazione diretta e indiretta*) D. Lgs. n. 198/2006, intervenuta con il D. Lgs. n. 5/2010 in attuazione della dir.b2006/54/CE e dell'art. 3 (*Divieto di discriminazione*) D. Lgs. n. 151/2001. Si v., per un approfondimento, M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, 2016, Cedam, Padova.

<sup>16</sup> Su questa posizione si v. P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 830 ss.

<sup>17</sup> La stessa Suprema Corte ha parlato nel caso di licenziamento vietato *ex art. 54 D. Lgs. n. 15/2001* di un licenziamento *contra legem*, cfr. Cass. 3 marzo 2008, n. 5749 in *Dir. giust.*, 2008, p. 2 ss.

<sup>18</sup> Di contro l'art. 28, comma 4, D. Lgs. n. 150/2011 (“*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione*”) in materia di discriminazioni, ad esempio, prevede un onere di allegazione da parte del lavoratore di elementi presuntivi del trattamento illecito, cui consegue l'onere del datore di provare l'insussistenza della discriminazione.

<sup>19</sup> P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, cit., p. 830 ss.; ma cfr. anche M. V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 231 ss.; M. PERUZZI, *Sul “licenziamento discriminatorio”*, **volume 10, n. 1 del 2018**

Con il divieto di licenziamento, sancito prima dalla L. n. 1204/1970<sup>20</sup> e poi ribadito dal T.U. a tutela della maternità e paternità, il legislatore ha di fatto optato per una disciplina differenziata<sup>21</sup>, giustificata dall'esigenza di salvaguardare principi primari di rango costituzionale, meritevoli di una forte tutela, anche quando questi non siano minacciati da ragioni discriminatorie, rigorosamente intese.

È il caso della questione in esame, rispetto alla quale l'inesistenza nella pronuncia di un riferimento al tema della discriminazione è giustificata dal fatto che il licenziamento non possa qualificarsi come "causalmente" discriminatorio<sup>22</sup>. Piuttosto, nell'ipotesi al vaglio della Corte, può ragionevolmente affermarsi che l'elemento della maternità abbia rivestito il ruolo di scriminante idonea ad impedire che la dipendente subisse la sorte dei propri colleghi, rispetto ai quali il licenziamento, pur essendo giustificato dalle medesime ragioni di tipo economico, non risulta, per lo meno nei limiti di quanto desumibile dalla sentenza annotata, illegittimo.

Attraverso tale previsione si consente di ostacolare a monte conseguenze negative e discriminatorie che possano fare della maternità un impedimento alla realizzazione dell'effettiva parità di diritti alla

---

torio" della lavoratrice madre, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2008, p. 833 ss; D. GOTTARDI, *Il licenziamento per nullo per causa di maternità non è discriminatorio*, in *Guida lav. Il Sole 24 Ore*, 2004, p. 10 ss.

<sup>20</sup> Cfr. *infra* nota 4.

<sup>21</sup> Le due ipotesi di licenziamento, quello nullo *ex art.* 54 D. Lgs. n. 151/2001 e quello discriminatorio, dunque, pur se entrambe affette da nullità vanno tenute distinte, non potendo il primo farsi rientrare nei licenziamenti dettati da motivi certamente discriminatori. Alla categoria dei licenziamenti discriminatori, invece, devono ricondursi fattispecie limite, come quelle in cui il datore di lavoro piuttosto che comunicare immediatamente il licenziamento, durante il periodo compreso tra la gravidanza e il termine del congedo di maternità, prenda misure preparatorie al futuro recesso; cfr. sentenza *Paquay*, Corte Giust. UE 11 novembre 2007, causa 460/06 in <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>22</sup> Sul licenziamento discriminatorio si v., tra gli altri, L. CORAZZA, *Il licenziamento discriminatorio*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2007, p. 400 ss; A. LASSANDRI, *Il licenziamento discriminatorio*, in M. BESSONE (diretto da), *Il diritto del lavoro. Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 151 ss.

donna lavoratrice e favorendo piuttosto l’inserimento della stessa nel mercato del lavoro, rendendone compatibile attività lavorativa e funzione familiare<sup>23</sup>. Il fine è realizzabile nel momento in cui la donna non deve sacrificare il posto di lavoro per salvaguardare la libertà di diventare madre e, viceversa, non deve rinunciare al suo diritto alla maternità e alla creazione di una famiglia per evitare di perdere il posto di lavoro. Così ragionando, in buona sostanza, la regola del divieto di licenziamento garantisce la concreta realizzazione dell’intento di tutela duplice, insito in particolare nella previsione di cui all’art. 37 Cost., norma chiave di tutta la disciplina protezionistica sviluppata all’indomani della sua emanazione, la tutela della donna nella sua veste di lavoratrice e nella veste di madre<sup>24</sup>.

### 3. SULLA DISCIPLINA DELLE SOSPENSIONI E SULLA PROCEDURA PER LICENZIAMENTO COLLETTIVO

Dopo il breve rinvio ai principi generali che presiedono il divieto di licenziamento, la Corte entra nel merito della disciplina oggetto di esame.

Quanto all’ipotesi specifica del licenziamento intimato alla lavoratrice nel periodo protetto nel corso di una procedura di licenziamento collettivo, vale la regola generale di cui all’art. 54 T.U. (D. Lgs. n. 151/2001). Tuttavia la lett. b) del comma 3 dello stesso articolo (“cessazione dell’attività d’azienda”), attraverso la previsione dell’eccezione al divieto, ne limita immediatamente la portata, anche all’esito di un bilanciamento con gli interessi che inevitabilmente en-

---

<sup>23</sup> Questa riflessione fa entrare in gioco il rispetto anche di altri principi costituzionali fondamentali, tra cui il diritto al lavoro di cui all’art. 4 Cost.

<sup>24</sup> L. GRIMALDI, *In tema di lavoro, maternità e valori costituzionali*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1810 ss. L’art. 37 Cost. non tutela solo la salute fisica della donna, ma anche il rapporto tra madre e figlio, sia sotto il profilo dei bisogni biologici che in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo. P. CARLUCCIO, *Commento art. 37 Cost.*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 259 ss.



trano in gioco nel momento in cui rilevino esigenze di tipo organizzativo ed economico, come quelle tipiche del licenziamento collettivo. E così la disposizione, insieme ad altre due della stessa normativa, tiene conto del delicato equilibrio tra tutela della lavoratrice madre e principio di libertà di iniziativa economica del datore di lavoro (art. 41 Cost.), non sempre sacrificabile ad ogni costo, poiché anch'esso meritevole di tutela nella misura in cui concorre al "progresso della società"<sup>25</sup>.

Tale contemperamento è rintracciabile nel comma 4 dell'art. 54 D. Lgs. n. 151/2001, nella parte in cui si stabilisce che durante il periodo nel quale opera il divieto di licenziamento, la lavoratrice non può essere sospesa dal lavoro "*salvo il caso che sia sospesa l'attività dell'azienda o del reparto cui essa è addetta*"; nonché - immediatamente dopo - nella parte in cui si aggiunge che la dipendente non può neppure essere collocata in mobilità in conseguenza di licenziamento collettivo (L. n. 223/1991), salva l'ipotesi di collocamento in mobilità a seguito della cessazione dell'attività dell'azienda (art. 54, comma 3, lett. b) D. Lgs. n. 151/2001). Le esigenze di tutela della maternità cedono il posto alle ragioni di impresa nel caso in cui la messa in mobilità segua alla cessazione definitiva dell'attività, ma anche quando la mobilità sia collegata ad una sospensione solo temporanea dell'attività dell'azienda o del ramo di essa cui la lavoratrice è addetta, poiché in questo caso la limitazione si presume solo momentanea. Un margine di tutela maggiore può garantirsi, invece, qualora il licenziamento collettivo investa alcuni lavoratori, come nel caso del licenziamento collettivo per riduzione del personale, che presuppone la permanenza in vita dell'impresa<sup>26</sup>. La ragione è intuibile: se non è possibile salvaguardare a tutti i costi gli interessi connessi alla tutela della

<sup>25</sup> M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 134.

<sup>26</sup> Il D. Lgs. n. 115 /2003 ha limitato l'ambito di efficacia della norma all'ipotesi in cui il collocamento in mobilità avvenga a seguito di cessazione dell'attività d'azienda. Cfr. F. MARIOSA, *Tutela della donna e rapporti di lavoro*, cit., p. 1982 ss.

maternità quando il licenziamento comporta un recesso definitivo da tutti i rapporti per cessazione dell'attività dell'azienda, è possibile farlo, invece, quando esistono dei margini di scelta dei lavoratori espulsi.

Anzi in questa circostanza la disciplina è particolarmente garantista nei confronti di tutti i lavoratori coinvolti, anche in ragione di principi di eguaglianza e ragionevolezza. L'art. 5 della L. n. 223/1991, infatti, in materia di licenziamento collettivo, stabilisce che la scelta dei lavoratori da licenziare debba avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative “*del complesso aziendale*” e la giurisprudenza, unitamente alla dottrina, sono ormai concordi nell'interpretare estensivamente la nozione<sup>27</sup>. Cosicché anche nell'ipotesi di chiusura di un singolo reparto e/o settore, il datore di lavoro deve applicare i criteri per l'individuazione dei lavoratori da licenziare a tutti i dipendenti dell'intera azienda che svolgano mansioni omogenee, salvo che il singolo reparto sia dotato di un'autonomia e specificità delle professionalità utilizzate, tali da renderle infungibili rispetto alle altre e perciò sia impossibile un'estensione della scelta.

Nel caso in esame, la necessità di valutare se e in che misura sia stato rispettato il c.d. obbligo di *repêchage* poteva effettivamente venire in rilievo<sup>28</sup>. La verifica della possibilità di un utile reimpiego del la-

<sup>27</sup> Il problema dell'ambito spaziale di applicazione dei criteri di scelta ex art. 5 L. n. 223/1991 è stato oggetto di intenso dibattito giurisprudenziale; tuttavia la posizione della giurisprudenza sembra ormai consolidata sull'idea che la riduzione debba investire l'intero “complesso aziendale”, nell'ambito del quale vanno confrontati, ai fini dell'applicazione dei criteri di scelta, tutti i lavoratori che svolgono mansioni omogenee. Cfr., *ex multis*, Cass. 31 ottobre 2013, n. 24575 in *Lav. giur.*, 2014, p. 182 ss.; Cass. 1 marzo 2013, n. 5145 in <http://www.cortedicassazione.it>; Cass. 31 luglio 2012, n. 13075, in *Mass. giur. lav.*, 2013, p. 171 ss.; Cass. 20 febbraio 2012, n. 2429 in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 876; Cass. 3 maggio 2011, n. 9711 in <http://www.cortedicassazione.it>; Cass. 28 ottobre 2009, n. 25353, in *Not. giur. lav.*, 2009, p. 765 ss.; Cass., 3 novembre 2008, n. 26376, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, p. 887.

<sup>28</sup> A. L. FRAIOLI, *L'ambito di selezione dei lavoratori da licenziare nel licenziamento collettivo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2697 ss. Ma cfr. in dottrina anche, fra molti altri, L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in O. MAZZOTTA (a cura) di *Ravolume 10, n. 1 del 2018*

voratore in altro posto o finanche in una diversa unità produttiva dell'azienda<sup>29</sup>, in caso di licenziamento per motivi economici, nonché - come nella fattispecie *de qua* - in caso di chiusura di una singola unità per crisi aziendale, è un criterio necessario al fine di valutare la legittimità del recesso<sup>30</sup>, nonostante il suo fondamento abbia posto numerosi interrogativi<sup>31</sup>.

Tuttavia, nel giudizio, il problema di stabilire se e in che misura la lavoratrice potesse essere collocata in altra posizione non è emerso per una ragione precisa. Questa valutazione, infatti, come ben chiarito dai Giudici, presupponeva l'accettazione della tesi per cui sarebbe sufficiente la soppressione di un singolo reparto funzionalmente autonomo per giustificare e legittimare il licenziamento della lavoratrice madre. Solo nel caso in cui la Corte avesse accolto tale ipotesi, da essa invece respinta, e il licenziamento avesse superato indenne questa prima prova di legittimità, allora avrebbe poi dovuto valutare se

---

*gioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008; E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Cedam, Padova, 2006, p. 200 ss.; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001, p. 16 ss.

<sup>29</sup> Sul punto cfr. Cass. 15 luglio 2010, n. 16579 in *Orient. giur. lav.*, 2011, p. 182 ss.; Cass. 13 giugno 2016, n. 12101 in *Riv. giur. lav.*, 2016, p. 303 ss.

<sup>30</sup> Sull'onere del ripescaggio, la sua natura e la sua concreta applicazione si v., tra molti altri e tra i più recenti contributi, M. T. CARINCI, *L'obbligo di "ripescaggio" nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 2, p. 203 ss.; G. IANNIRUBERTO, *Licenziamento e repechage: allegazione e prova*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 3, p. 397 ss.; M. FERRARESI, *L'obbligo di repêchage tra onere di allegazione e onere della prova: il revirement della Cassazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 843 ss.; M. FALSONE, *Sul cd. obbligo di repêchage e la "dequalificazione contrattata"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 77 ss.; A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 142 ss.; F. COLELLA, *Ripartizione degli oneri deduttivi e assertivi in tema di repêchage: punto fermo o punto interrogativo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, p. 18 ss.

<sup>31</sup> Stante l'incerto fondamento dell'obbligo di *repêchage* la sua costruzione può dirsi essenzialmente frutto dell'attività creativa della giurisprudenza.

in effetti ogni collocazione utile della lavoratrice non fosse di fatto possibile nell’ambito dell’intero complesso aziendale.

L’unico aspetto che la Cassazione lascia trapelare, tra le righe della sentenza che si annota, è la condivisione di uno dei due orientamenti che separano la giurisprudenza in merito all’individuazione dei soggetti su cui ricade l’onere dell’allegazione e della prova in giudizio del c.d. *repêchage*.

Se un ampio filone giurisprudenziale riconosce in capo al datore di lavoro l’onere esclusivo di provare rigorosamente l’impossibilità di adibire il lavoratore diversamente, alla stregua di un presupposto giustificativo e dunque di validità del licenziamento stesso<sup>32</sup>; un diverso orientamento, pur senza inversione dell’onere della prova, riconosce la necessità che comunque sia proprio il lavoratore in primo luogo a dedurre ed allegare il *repêchage*, mentre spetta al datore di lavoro di dar prova, ma entro più ristretti confini delle contrapposte deduzioni, dell’indisponibilità delle posizioni<sup>33</sup>. Nella sentenza il favore per quella posizione, probabilmente più sensibile alle difficoltà del lavoratore, che pone l’onere della prova in capo al datore di lavoro, sembrerebbe emergere nella parte in cui la Corte chiarisce che la società

---

<sup>32</sup> Cfr. tra le ultime Cass. 5 gennaio 2017 n. 160, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. 11 ottobre 2016 n. 20439, n. 3843 in *Foro it.*, 2016, p. 3843 ss.; Cass. 13 giugno 2016, n. 12101 in *Nuova giur. lav.*, 2016, p. 647 ss.; Cass. 22 marzo 2016, n. 5592 in *Giur. it.*, 2016, p. 1164 ss. con nota di M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*; Cass. 5 marzo 2015, n. 4460 in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 651 ss.; Cass. 12 febbraio 2014, n. 3224 in *Nuova giur. lav.*, 2014, p. 522 ss.; Cass. 13 marzo 2013, n. 6346 in *Foro it.*, 2013, p. 1502 ss.

<sup>33</sup> Cfr. Cass. 12 agosto 2016, n. 17091 in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, p. 12 ss.; Cass. 16 maggio 2016, n. 10018 in *Foro it.*, 2016; Cass. 3 marzo 2014, n. 4920 in *Giust. civ.*, 2014; Cass. 12 febbraio 2014, n. 3224 in *Nuova giur. lav.*, 2014, p. 522 ss.; Cass. 8 novembre 2013 n. 25197 in *Lav. giur.*, 2014, p. 181 ss.; Cass. 19 ottobre 2012, n. 18025 in *Mass. giur. it.*, 2012.; Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040 in *Foro it.*, 2011; Cass. 18 marzo 2010, n. 6559 in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. 22 ottobre 2009, n. 22417, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 156 ss.; Cass. 19 febbraio 2008, n. 4068 in *Giust. civ.*, 2008, p. 250 ss.; Cass. 9 agosto 2003, n. 12037 in *Giust. civ.*, 2003, p. 78 ss.; Cass. 12 luglio 2002, n. 10356, in *Oss. giur. lav.*, 2000, p. 907 ss.; Cass. 16 giugno 2000, n. 8207, in *Oss. giur. lav.*, 2000, p. 907 ss.; Cass. 23 ottobre 1998, n. 10559 in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 158 ss.

- qualora fosse stata ammessa a provare l'inutilizzabilità della dipendente - avrebbe dovuto comunque dar essa stessa prova di fatti positivi utili a valutare la validità della scelta operata<sup>34</sup>.

#### 4. SUL DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE INTORNO ALL'IPOTESI DELLA "CESSAZIONE DELL'ATTIVITÀ D'AZIENDA"

Individuato nell'art. 54, comma 3, lett. b) D. Lgs. n. 154/2001 il quadro normativo entro cui collocare la fattispecie in concreto, la Corte si occupa, infine, della questione posta dalla formulazione della norma, confermando - come già chiarito - un orientamento assunto da tempo dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

Il dibattito giurisprudenziale, sopito negli ultimi anni a seguito della diffusione di un indirizzo sufficientemente unanime, riguarda l'individuazione dei confini dell'"azienda"<sup>35</sup>, dovendo chiarire se rientri o meno nel concetto di "*cessazione dell'attività di azienda*" (di cui alla norma *ex art.* 54 D. Lgs. n. 151/2001, comma 3 lett. b) anche l'ipotesi della chiusura di una parte di essa, ovvero di un'una sola unità, se funzionalmente autonoma. Non è un tema nuovo nell'ambito degli studi giuslavoristici.

La possibilità di "parcellizzare" l'azienda, quando singole unità risultino essere titolari di un certo grado di autonomia funzionale è il problema che si è posto, ad esempio, intorno all'art. 2112 c.c., allorché è stato necessario comprendere se integrasse la fattispecie del trasferimento d'azienda la cessione di una parte di essa, identificabile come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata. In quel caso il problema è stato in parte risolto dallo

<sup>34</sup> I Giudici richiamano espressamente due pronunce: Cass. 9 settembre 2003, n. 13187 in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it> e Cass. 13 novembre 2001, n. 14093 in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, p. 613 ss.

<sup>35</sup> Sul concetto di azienda nell'ordinamento in generale si v. M. CASANOVA, *Azienda* (voce), in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, II, 1987, Utet, Torino, p. 75 ss.; F. GALGANO, *L'azienda*, in F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Cedam, Milano, 2010, p. 467 ss.

stesso legislatore, che con un intervento chiarificatore ha ricondotto l'applicazione della disciplina esplicitamente (art. 2112, comma 5, c.c.) anche all'ipotesi del trasferimento di una sola parte dell'azienda, affidandosi ad una nozione ontologica di ramo d'azienda che ricorda quella di unità produttiva; nel senso che la parte deve presentarsi come una piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo e non rappresentare, invece, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti<sup>36</sup>.

Qui, però, la questione posta al vaglio della Suprema Corte nasce dall'assenza di un qualsiasi riferimento nella disposizione di legge ad una parte dell'azienda, sia essa un ramo, un'unità produttiva, un reparto.

Dalla lettera della norma non rileva che il legislatore abbia voluto far riferimento oltre che all'azienda nel complesso, anche ad un parte di essa. Invero, ciò non ha impedito il sorgere di posizioni giurisprudenziali del tutto contrastanti, con conseguenze rilevanti sul piano concreto e sul grado di effettiva tutela dei soggetti coinvolti.

---

<sup>36</sup> Cfr. L. MENGHINI, *L'attuale nozione di ramo d'azienda*, in *Lav. giur.*, 2005, p. 422 ss. Il legislatore è intervenuto con il D. Lgs. n. 276/2003, anche tenuto conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonché delle direttive comunitarie in materia, che propendevano per un orientamento estensivo e conseguentemente di maggior tutela per il lavoratore. Si v. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002; C. CESTER, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 28, p. 48 ss.; V. SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, n. 46, 2006; M. GRANDI, *Trasferimento d'azienda* (voce), in *Enc. Giur.*, vol. XXXI, Treccani, Roma, 2007; M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, Giappichelli, Torino, 2012; A. LEPORÉ, *Sub art. 2112 c.c.*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2013, p. 556 ss.; G. SPINELLI, *Azienda e ramo d'azienda nell'art. 2112: le (apparenti) contraddizioni della lettura garantistica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 2, p. 619 ss.; G. CAVALLINI, *L'articolazione funzionalmente autonoma come "piccola azienda" brevi osservazioni sul caso Monte Paschi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, p. 472 ss. e G. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, Torino, 2014 sull'individuazione dei caratteri che consentono di qualificare come funzionalmente autonomo un determinato compendio.

La diffusione di un'interpretazione estensiva, che includeva nella nozione anche l'ipotesi della chiusura di un solo ramo d'azienda funzionalmente autonomo, era degna di nota soprattutto sotto la vigenza della L. n. 1204/1971. Secondo l'orientamento, che finiva inevitabilmente per limitare la portata del divieto a discapito delle esigenze di tutela della maternità, la fattispecie della cessazione dell'attività dell'azienda poteva essere integrata anche da una cessazione parziale, ovvero di una sola unità produttiva, ramo d'azienda o reparto; purché alla soppressione di questo conseguisse l'impossibilità di collocare utilmente la lavoratrice in un reparto od unità differente e il datore ne desse prova in giudizio<sup>37</sup>.

L'interpretazione faceva leva sulla *ratio* dell'eccezione al divieto, in considerazione del fatto che la sopravvivenza del rapporto sarebbe preclusa dal venir meno del suo stesso substrato oggettivo<sup>38</sup>. Di contro, l'indiscutibile attenuazione della tutela nei confronti della lavoratrice nel periodo protetto sarebbe stata bilanciata dall'onere gravante in capo al datore di lavoro di dimostrare l'inutilizzabilità di essa alternativamente (c.d. *repêchage*)<sup>39</sup>.

D'altro canto, ampio filone giurisprudenziale sostiene, con indirizzo che può considerarsi oramai unanime, che la norma vada interpretata

<sup>37</sup> Cass. 26 marzo 1982, n. 1897 in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, p. 91 ss. con nota di F. MAZZIOTTI, *La cessazione dell'attività dell'azienda ed il licenziamento della lavoratrice madre*; Cass. 11 dicembre 1982, n. 6806 in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2029 ss. con nota di M. PAPELONI, *Profili applicativi della tutela delle lavoratrici madri*; Cass. 16 novembre 1985, n. 5647 in *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 63 ss.; Cass. 19 dicembre 1986, n. 7752 in *Mass. giur.*, 1986, 12; Cass. 24 aprile 1990, n. 3431 in *Mass. giur.*, 1990, 4; Cass. 9 febbraio 1990, n. 941 in *Mass. giur.*, 1990, 2; Cass. 2 aprile 1992, n. 4034, in *Mass. giur. lav.*, 1992, p. 364 ss.; Cass. 8 settembre 1999, n. 9551 in *Oss. giur. lav.*, 1999, I, p. 722 ss. e in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 517 ss. con nota di L. MARRA, *Sul licenziamento della lavoratrice madre per cessazione di attività (ma non dell'azienda)*; Cass. 21 dicembre 2004, n. 23684 in *Oss. giur. lav.*, 2005, I, p. 156 ss.

<sup>38</sup> L. MARRA, *Sul licenziamento della lavoratrice madre per cessazione di attività (ma non dell'azienda)*, cit. p. 518.

<sup>39</sup> Qualunque sia l'orientamento accolto, sulla lavoratrice non grava nessun onere finale diretto a dimostrare l'esistenza di una residua possibilità occupazionale all'interno dell'azienda. Cfr. Cass. 19 settembre 2016, n. 18325 in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

in maniera restrittiva, includendo nell'eccezione al divieto solo l'ipotesi di chiusura totale dell'azienda<sup>40</sup>. In questo caso sono diverse le argomentazioni a favore. Secondo l'orientamento, condiviso anche dalla sentenza in commento, si tratterebbe di una fattispecie normativa di stretta interpretazione, che pone un'eccezione ad una regola di carattere generale e che pertanto non può essere suscettibile di interpretazione estensiva od analogica.

All'argomento letterale, inoltre, farebbe da sostegno un'ulteriore dirimente considerazione. Quando il legislatore ha voluto riferirsi non solo all'azienda nel complesso ma anche ad singolo reparto della stessa lo ha fatto in maniera esplicita. Così al comma 4 dello stesso art. 54 D. Lgs. n.151/2001 è previsto che, nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento, la lavoratrice madre non può essere sospesa dal lavoro, salvo che sia sospesa l'attività dell'azienda “*o del reparto cui essa è addetta, sempreché il reparto stesso abbia autonomia funzionale*”. Se anche in questo caso avesse inteso collegare l'eccezione ad un'unità autonoma sotto il profilo funzionale, lo avrebbe espressamente previsto, non potendo sostenersi ragionevolmente che il legislatore solo in questa specifica circostanza *minus dixit quam voluit*<sup>41</sup>. Nel caso dell'eccezione al divieto di licenziamento, dunque, la volontà di riferirsi alla sola ipotesi più generale della cessazione

---

<sup>40</sup> Trib. Latina 15 novembre 1982, in *Oss. giur. lav.*, 1983, p. 1251 ss.; Cass. 24 ottobre 1985, n. 6236, in *Mass. giur.*, 1986, 6; Cass. 24 aprile 1990, n. 3431 in *Mass. giur.*, 1990, 4; Cass. 9 febbraio 1990, n. 941 in *Foro it.*, 1991, I, p. 2842 ss.; Pret. Napoli 12 maggio 1992, in *Dir. lav.*, 1993, p. 189 ss; Cass. n. 7 febbraio 1992, n. 1334 in *Dir. lav.*, 1992, II, p. 215 ss. con nota di A. FITTANTE; Pret. Milano 18 febbraio 1993 in *Dir. lav.*, 1993, p. 393 ss.; Pret. Cassino 11 luglio 1994, in *Giur. lav.*, 1995, p. 158 ss.; Cass. 18 maggio 2005, n. 10391 in *Lav. giur.*, 2006, p. 92 ss.; Cass. 31 luglio 2013, n. 18363 in *Lav. giur.*, 2014, p. 261 ss. con nota di D. ZANETTO, *La tassatività della deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre per cessazione dell'attività aziendale*; Cass. 7 agosto 2013, n. 18810 in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

<sup>41</sup> La giurisprudenza si è pronunciata anche su questioni affini, ad esempio negando che la deroga al divieto si applichi al caso di cessione d'azienda, in quanto la stessa non comporta la cessazione dell'attività dell'impresa, ma la prosecuzione del rapporto di lavoro con l'acquirente, in Cass. 22 giugno 2009, n. 14586 in *Mass. giur. lav.*, 2009.



dell'intera attività aziendale verrebbe confermata dal non aver operato un'analogia distinzione e specificazione, con l'effetto che la nozione di azienda deve necessariamente interpretarsi in modo assolutamente tassativo e rigoroso, non anche estendibile analogicamente<sup>42</sup>.

Tenuto conto che la previsione che vieta il licenziamento delle lavoratrici madri involve la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, l'idea che le ipotesi derogatorie alla disciplina vincolistica vadano interpretate in senso restrittivo è assolutamente da accogliere.

Le novità in tema di condivisione delle funzioni familiari e un ormai avviato ripensamento del modo di gestire i tempi di vita e di lavoro, anche da parte dei padri all'interno della famiglia, non fanno venir meno la necessità di un intrecciato tessuto di tutele e garanzie, che passa anche attraverso l'opera interpretativa della giurisprudenza<sup>43</sup>.

La sentenza, in linea con un orientamento garantista, offre uno spunto di riflessione, confermando la costante attualità del tema della tutela delle lavoratrici madri, in un'ottica di garanzia dell'occupazione e della sua funzione nella famiglia e nella società.

*Received June 6, 2018 – Reviewed July 14-27, 2018 – Accepted July 27, 2018, on line July 27, 2018 - Words 7525 – Characters 49708*

---

<sup>42</sup> Per completezza occorre dar atto che dopo la stesura della presente nota i Giudici della Suprema Corte, nel pronunciarsi su un caso analogo, sono tornati ancora una volta a confermare l'interpretazione restrittiva, aggiungendo un ennesimo tassello alla soluzione accolta ormai da alcuni anni dalla giurisprudenza di legittimità, che ha segnato il superamento del più risalente orientamento. Il riferimento è alla sentenza Cass. 8 giugno 2018, n. 14515 in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it>, che si limita a richiamare le argomentazioni della precedente giurisprudenza, in particolare citando testualmente quanto espresso dalla sentenza oggi annotata. Aggiunge la Suprema Corte che non ricorrono in ogni caso le condizioni per la remissione della questione interpretativa alle Sezioni Unite, non essendovi contrasto sincronico tra risalente e non più confermata giurisprudenza e quella su cui ha fondato la propria decisione.

<sup>43</sup> D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, cit.; L. CALAFÀ, D. GOTTARDI (a cura di), *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili*, numero monografico in *Lav. dir.*, 2001.